

No. 5

Enero-Junio 2013

BOLETÍN SEMESTRAL GLIPGÖ

GRUPO LATINOAMERICANO DE INVESTIGACIÓN PENAL GÖTTINGEN



ISSN: 2193-9675



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

PROF. DR. KAI AMBOS, JUEZ DEL TRIBUNAL PROVINCIAL DE GÖTTINGEN

DIRECTOR

DRA. MARÍA LAURA BÖHM

COORDINADORA

COMITÉ EDITORIAL

INTEGRANTES DEL GLIPGÖ:

DRA. MARÍA LAURA BÖHM	(ARGENTINA/ALEMANIA)
GUSTAVO EMILIO COTE BARCO	(COLOMBIA)
FLORIAN HUBER LL.M.	(ALEMANIA)
NOELIA NUÑEZ	(ARGENTINA)
ROBERTO RAÚL PÉREZ GONZÁLEZ	(MÉXICO)
ENEAS ROMERO DE VASCONCELOS	(BRASIL)
DIEGO F. TARAPUÉS SANDINO LL.M.	(COLOMBIA)
JORGE GUSTAVO URQUIZO VIDELA	(PERÚ)
JOHN E. ZULUAGA TABORDA LL.M.	(COLOMBIA)



COMITÉ ACADÉMICO:

PROF. DR. CARLOS CARO CORIA (PERÚ)	PROF. DR. JOSÉ ANTONIO SANTOS (ESPAÑA)
PROF. DR. CARLOS ÉLBERT (ARGENTINA)	PROF. DR. JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)
PROF. DR. CORNELIUS PRITTWITZ (ALEMANIA)	PROF. DR. JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ PATRÓN (ESPAÑA)
DR. CHRISTOPH BURCHARD (ALEMANIA)	PROF. DR. KLAUS BODEMER (ALEMANIA)
PROF. DR. EUGENIO SARRABAYROUSE (ARGENTINA)	DR. LUÍS GRECO (ALEMANIA/ BRASIL)
PROF. DR. EZEQUIEL MALARINO (ARGENTINA)	PROF. DR. MARCELLUS POLASTRI LIMA (BRASIL)
PROF. DR. FÁBIO ROBERTO D'AVILA (BRASIL)	PROF. DR. MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI (BRASIL)
PROF. DR. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (COLOMBIA)	PROF. DR. M. THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA (BRASIL)
PROF. DR. GABRIEL PÉREZ BARBERÁ (ARGENTINA)	PROF. DR. MAXIMILIANO RUSCONI (ARGENTINA)
PROF. DR. HÉCTOR HERNÁNDEZ (CHILE)	PROF. DR. MIGUEL WEDY (BRASIL)
PROF. DR. IVÁN MEINI (PERÚ)	PROF. DR. NESTOR E. ARARUNA SANTIAGO (BRASIL)
PROF. DR. JUAN PABLO MAÑALICH (CHILE)	DR. TORBEN ASMUS (ALEMANIA)
PROF. DR. JEAN PIERRE MATUS (CHILE)	

Tel: 0049 551 39 7834

Fax: 0049 55139 22155

Web: www.department-ambos.uni-goettingen.de

Contacto: maria-laura.boehm@jura.uni-goettingen.de

Platz der Göttinger Sieben 5
Blauer Turm, 4. Etage
37073 Göttingen
Alemania

Edición: Diego Tarapués

Boletín Semestral GLIPGö No. 5 (Enero-Junio 2013)

CONTENIDO

EDITORIAL	1
DOCTRINA	
<i>Iura novit curia</i> y congruencia: la garantía del derecho de defensa entre hechos y normas <i>Maximiliano Rusconi</i>	2
Reflexiones sobre la protección judicial frente a medidas restrictivas de derechos fundamentales durante la investigación penal en Colombia <i>John E. Zuluaga Taborda</i>	23
Ley guatemalteca contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer – Consideraciones críticas <i>María Laura Böhm y Hugo Roberto Jáuregui</i>	36
Existe uma obrigação de ter em consideração a interpretação da Convenção Americana de Direitos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para os tribunais nacionais? <i>Eneas Romero de Vasconcelos</i>	55
MISCELÁNEAS	
Intercambio epistolar con el Professor Günther Jakobs – Preguntas y respuestas sobre el Derecho Penal del Enemigo (Cartas del 1 y el 7 de febrero de 2005)	66
NOVEDADES	73
INTERCAMBIO	74

Queridos lectores:

Nos complace presentarles el quinto número de nuestro Boletín Semestral GLIPGö. Cada vez es una grata tarea el trabajar en este equipo que es el GLIPGö, ampliado aquí a quienes con tanta amabilidad y conocimiento nos acompañan en la evaluación de los textos presentados a publicación. Estamos orgullosos del crecimiento que el Boletín evidencia semestre a semestre, tanto en su calidad como en relación a las personas que hacen posible esta publicación académica. En este sentido, nos alegra reiterar ahora públicamente nuestra cálida bienvenida al Comité Académico del Boletín Semestral GLIPGö a los profesores brasileiros Dr. Miguel Wedy y Dr. Fábio Roberto D'Avila, así como a los profesores chilenos Dr. Héctor Hernández y Dr. Juan Pablo Mañalich. Su incorporación honra nuestro trabajo, y augura un vínculo profesional aún más estrecho a futuro.

*En la sección de **Doctrina** presentamos en este número a los siguientes autores y temas: Maximiliano Rusconi (Argentina) propone una lectura más exigente del principio iura novit curia en miras a optimizar el ejercicio del derecho de defensa; John Zuluaga Taborda (Colombia) realiza un estudio crítico de la ampliación de facultades investigativas en contra de los derechos del imputado en Colombia; María Laura Böhm (Argentina) y Hugo Roberto Jáuregui (Guatemala) analizan desde distintas perspectivas las dificultades de la legislación penal contra la violencia de género y el femicidio, tomando por base el ejemplo guatemalteco; y Eneas Romero de Vasconcelos (Brasil) evalúa la obligatoriedad o no de las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el orden interno brasileiro. Agradecemos a Frau Hedda Appuhn por su colaboración en la revisión idiomática de los abstracts en inglés.*

*Hemos incorporado una nueva sección, **Misceláneas**, en la que iremos publicando curiosidades del ámbito penal y criminológico alemán. Inauguramos esta sección con la publicación de un breve intercambio epistolar que tuvo lugar en febrero de 2005 entre estudiantes de la Diplomatura en Criminología de la Universidad de Hamburgo y el Professor Dr. Günther Jakobs, sobre su tan estudiado como polemizado Derecho Penal del Enemigo.*

*En **Novedades** presentamos una nueva publicación y reiteramos nuestra invitación a futuros autores de nuestro Boletín. Como es ya habitual, finalmente, en **Intercambio** damos a conocer a quienes nos han visitado en el último semestre.*

Les deseamos una provechosa lectura y los saludamos con mucho afecto en nombre de todos los que somos parte del GLIPGö,

Kai Ambos y María Laura Böhm

Göttingen, junio de 2013

***lura novit curia* y congruencia: la garantía del derecho de defensa entre hechos y normas**

Maximiliano Rusconi *

Resumen: Los problemas más relevantes del proceso penal deben ser analizados a la luz de la garantía constitucional o principio fundamental que está en juego. Desde este ángulo, el respeto a la garantía del derecho de defensa en el proceso requiere que haya correspondencia entre imputación y decisión. El principio de congruencia ha sido interpretado por la opinión dominante y por la jurisprudencia de un modo muy restringido. Sin embargo, esa correspondencia se lesiona cuando la decisión produce un cambio relevante, tanto en los hechos como en las normas, con relación a la imputación. La garantía del derecho de defensa debe proteger frente a cambios sorpresivos que impliquen una lesión a la estrategia defensiva o una defensa ciega. Estos cambios pueden aparecer en mayor cantidad de ocasiones de lo que cree la opinión dominante. La advertencia sobre un posible cambio en los aspectos que considerará el Tribunal frente a los aludidos por la acusación, evita la sorpresa pero no es suficiente para garantizar el resguardo de la garantía del derecho de defensa: todavía es necesario asegurar al acusado la posibilidad de que acompañe su tesis con un camino probatorio. Ello requiere que las normas procesales tomen en cuenta esa necesidad.

Palabras clave: defensa, principio de congruencia, derecho a la configuración probatoria, hechos y normas

Abstract: The most critical issues of the criminal process must be analyzed in the light of the constitutional rights or fundamental principles at stake. In this light, for the right of defence to be respected in a criminal process, an agreement between the charges and the final decision of the case are necessary. The necessity of congruence between the charges and the final judgement has been construed in a very restricted manner by the leading opinion and case law. However, this agreement may be distorted through relevant changes concerning issues of law or fact that may arise during the trial. The right of defence must protect the suspect against unexpected changes that could negatively impact the defence strategy or lead to a blind defence. Such changes may occur in numerous situations, and are thus more common than the leading opinion believes. Warnings as to possible changes to issues of law and fact considered by the Court may prevent unexpected results, but will not guarantee the protection of the right of defence. It is still necessary to guarantee the accused the possibility of constructing his defence on the firm grounds of evidence. Procedural regulations must consider such needs.

Keywords: defence, principle of congruence (between the charges and the final judgement), right to an evidence strategy, law and facts

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Palermo. Sub-Director del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. Ex-Fiscal General de la Procuración General de la República Argentina. Correos electrónicos: mrusconi@mrusconi.com, marusconi@derecho.uba.ar

1. El problema

Uno de los problemas más interesantes a los cuales se enfrenta la ciencia penal en la actualidad remite a la cuestión de las reales facultades que tiene el Tribunal, por ejemplo, en el marco de la audiencia oral, para otorgarle una calificación jurídica o normativa diversa a la que le ha dado el acusador estatal (Ministerio Público Fiscal).

Normalmente se oponen dos puntos de partida axiológico-normativos que, claro está, se presentan en el marco de una contradicción: por un lado, si se parte sólo de lo que tradicionalmente sugiere el principio *iura novit curia*, el Juez o Tribunal, tiene la facultad, aparentemente intangible, de darle a los hechos la calificación normativa que él crea apropiada; por otro, por la propia dinámica del desarrollo de la logística de la audiencia del juicio oral, el acusado y su defensor se defienden y desarrollan su estrategia a partir de la imputación (tanto normativa como fáctica) que guía la atribución del Fiscal, por lo que un cambio brusco de la calificación normativa por parte del Tribunal dejaría descolocados sorpresivamente a los planteos defensas, violando de ese modo el respeto a la garantía del derecho de defensa en juicio (tanto en su faz formal como material).

Este tipo de debates y los caminos de solución que deben proponerse demuestran que, sobre todo en la literatura procesal latinoamericana, debe modificarse el arsenal teórico y los puntos de partida de las cadenas argumentales.

En primer lugar, hay que insistir con la necesidad de desdibujar la frontera entre los ingresos científicos procesales o dogmático-jurídico penales. Buena cantidad de discusiones en ambos ámbitos (penal y procesal) requieren recurrir a uno y otro tipo de acercamientos, de modo fluido y sin dramatismo. En ocasiones los problemas dogmáticos requieren ser pensados desde sus consecuencias procesales y los problemas procesales necesitan a menudo ser descubiertos con el fino diagnóstico al que nos tiene acostumbrados la dogmática jurídico penal.

Por otro lado, en las últimas décadas, la mayor parte de los problemas planteados a la luz de la evolución de los sistemas procesales han sido observados desde el tránsito declamado entre “inquisición” y “sistemas acusatorios” (formales o materiales)¹. Sin embargo este punto de observación tiene dificultades para ofrecer una capacidad de rendimiento aceptable.

2. Un cambio de paradigma: el sistema de enjuiciamiento como reglamentación de los límites escénicos para la adjudicación de una pena en forma legítima

En este sentido, debería revisarse la posibilidad de comenzar a formular modelos procesales que impliquen un *legislar en clave constitucional*.

Ahora bien, frente al conocido lugar teórico del proceso penal como sismógrafo constitucional², ¿qué cosa distinta puede significar esta propuesta?³

¹ Ver una excelente visión de conjunto sobre estos procesos de transformación, en **Julio B. J. Maier/ Kai Ambos/ Jan Woischnik** (Coords.), *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Buenos Aires: Ad-Hoc, primera edición, 2000.

² Ver la formulación de esa imagen y su desarrollo conceptual en **Claus Roxin/ Bernd Schünemann**, *Strafverfahrensrecht*, 27a ed., München, 2012, p. 9 s. Una descripción similar de la idea ya la había realizado

Toda regulación que no tenga por función definir el alcance de una garantía debe dejar de ser considerada para su regulación procesal⁴.

Esto debe repercutir de modo claro en la organización normativa de los códigos procesales, organización que ha privilegiado el desarrollo cronológico del caso, la adjudicación de etapas a diversos grupos de funcionarios (jueces de instrucción, jueces de juicio, jueces de procedimiento intermedio), la discusión sobre el valor de las actas, la organización temporal de las diferentes intervenciones (vistas), etc.

Un Código Procesal en clave garantista se debe transformar en un sistema normativo que se encuentre estructurado sobre una matriz según la cual todo proceso que no remita a la administración de una garantía debe dejar de ser considerado un problema político-criminal.

Eso explica que los dos ámbitos normativos (derecho penal sustantivo y derecho procesal penal) puedan ser adyacentes y “sin fisuras”, justamente porque ambos explican la misma reglamentación de garantías constitucionales que influyen en el sistema penal⁵.

El desarrollo adicional de este proceso en el ámbito del derecho penal confirmaría la homogeneidad de la impronta constitucional de ambas manifestaciones de la política-criminal del Estado⁶.

Asimismo, como veremos, este punto de partida facilita la producción de un buen arsenal de argumentos y caminos teóricos para enfrentar un conjunto de problemas como el que hemos planteado al principio y al cual volvemos seguidamente: el contexto en el cual debe producirse aquello que es definido como el objeto del proceso penal, la materia sometida a prueba, pero ahora mirado el fenómeno desde el respeto intangible a la máxima expresividad de la garantía del derecho de defensa en juicio.

3. La garantía del derecho de defensa: una garantía olvidada en la práctica y con gran poder de configuración del futuro del proceso penal

Como sabemos, la garantía del derecho de defensa⁷, en el marco de un proceso penal, y en particular en lo que respecta a una de sus manifestaciones más relevantes, el derecho a que se

Goldschmidt. Ver, **James Goldschmidt**, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, T.II, Buenos Aires: Ejea, 1961, p. 109.

³ **Maximiliano Rusconi**, “Los recientes procesos de reforma del proceso penal en América latina: una evaluación”, *Cuadernos de Política Criminal*, Nro. 94, p. 208 ss., Madrid, 2008.

⁴ Ve el problema también en la relación sistema de enjuiciamiento y estado de derecho, **Bernd Schünemann**, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”. Traducción de Silvina Bacigalupo, aparecida por primera vez en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992. Aquí se cita a través de la versión aparecida en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año IV, Nro. 8-A, p. 431.

⁵ Ver, sobre esta relación, **Klaus Volk**, *Grundkurs StPO*, 7a. ed., München: Beck, 2010, parágrafo 2, p. 2.

⁶ En sentido similar, por lo menos en lo que respecta a la necesidad de una preocupación interdependiente, ver **Enrique Ruiz Vadillo**, “Las garantías del proceso, presupuestos del tratamiento del delincuente”, en: *Poder Judicial - Revista del Consejo General del Poder Judicial*, España, Madrid, 2da época, Nro. 25, marzo 1992, pág. 83.

⁷ Desde el punto de vista del análisis de la posición jurídica del defensor como una de las manifestaciones de esta garantía del derecho de defensa ver **Roxin/ Schünemann** (*supra* nota 2), parágrafo 19/3 ss.

comunique de modo preciso el hecho imputado, está asegurada en el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4.XI.1950). Allí se subraya el derecho del imputado a que se le informe de modo comprensible la materia de la imputación⁸.

En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, o llamado Pacto de San José de Costa Rica), en el art. 8 resguarda el derecho del imputado a una comunicación previa y detallada de la acusación formulada.

4. ¿Qué debe implicar la garantía del derecho de defensa en el ámbito del sistema de enjuiciamiento?

Hoy hay bastante consenso acerca de que el resguardo de la garantía del derecho de defensa incluye un haz de dimensiones que se originan en el hecho mismo de la imputación por parte del órgano acusador⁹.

Pareciera que no es posible ese resguardo si el sistema de enjuiciamiento no garantiza las siguientes manifestaciones que tienden a asegurar la defensa del imputado:

- a. Existencia de una imputación clara y precisa.

Todo el sistema procesal debe girar alrededor de una hipótesis que debe ser colocada en el juego del proceso desde el principio. Sin embargo, esta imputación debe aparecer sólo cuando el sistema esté en condiciones de formularla de modo claro, preciso, circunstanciado.

En modelos procesales con incapacidades notables para investigar (como los que en verdad rigen en la mayor parte de los países del mundo desarrollado), existe el riesgo de que esta imputación sustituya los propios déficit de investigación con grandes porcentajes de ambigüedad a la hora de atribuir el hecho a una persona. Esta imputación, además debe estructurarse no sólo fácticamente, como veremos, sino también jurídicamente. No hay imputación legítima de un hecho que no puede ser abarcado por una norma jurídico penal.

- b. Comunicación de la imputación en audiencia al imputado.

Se trata de la segunda dimensión e igualmente esencial. La imputación tiene existencia válida en el proceso, sólo a partir del momento que es trasladada al imputado, para posibilitar su refutación por la tesis de la defensa y la organización del camino probatorio.

- c. Derecho a ser oído con respecto a esa atribución.

⁸ Para una vinculación entre el grado de tendencia hacia el modelo adversarial del sistema procesal que se trate y el nivel de respeto a esta garantía ver **Luigi Ferrajoli**, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros, Madrid: Trotta, 1995, p. 613 s.: "La defensa, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio."

⁹ Ver, por todos, **Julio Maier**, *Derecho Procesal Penal*, 2da ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 553 ss.

Este derecho a ser oído implica la consecuencia natural de las dos primeras dimensiones y es la base argumental por la cual no es posible que al imputado le sea cambiada la imputación sorpresivamente: justamente porque no ha sido oído en relación con aquello que causa la sorpresa.

Este “derecho a ser oído” incluye la facultad de ofrecer caminos probatorios de refutación de la tesis de la fiscalía¹⁰.

d. Congruencia entre fallo e imputación.

Sin ninguna duda integra este catálogo de consecuencias propias de la garantía del derecho de defensa en su manifestación material (a ello debe sumarse el derecho a la defensa técnica) la necesaria congruencia entre imputación y decisión o fallo: esta identidad debe estar asegurada tanto fáctica como normativamente. Nadie puede ser condenado por aquello que no formó parte de la imputación¹¹.

e. Derecho a la configuración probatoria a partir del hecho imputado.

La regla de que la imputación no debe variar se explica entre otras razones en el derecho que tiene el imputado a la configuración probatoria: el imputado no sólo debe ser oído verbalmente, sino también probatoriamente: a través del camino de comprobación de la tesis alternativa que elija para ayudar a la decisión de inocencia. Ello debe indicar ya la necesidad de que cualquier cambio de la imputación, incluso aquél que ha sido debidamente advertido, debe, adicionalmente, posibilitar un desarrollo razonable de este derecho a la configuración probatoria (acompañar su tesis con un espacio procesal para la prueba de la defensa). No alcanza con ofrecerle al acusado sólo el derecho a que se exprese personalmente (en su declaración) o técnicamente (en el alegato de su defensor técnico), también debe tener la facultad de asistir a la formulación de sus descargos con un camino probatorio.

5. Imputación necesaria y su comunicación¹²

Como puede advertirse, existe más de una relación condicionante entre garantía del derecho de defensa y el escenario en el marco del cual se produce la atribución de una infracción jurídico penal¹³.

¹⁰ Quizá es esta dimensión la parte más usualmente vinculada con el llamado principio de contradicción. Ver al respecto **Manuel Jaén Vallejo**, *Los principios de la prueba en el proceso penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000, p. 21 ss.

¹¹ En el derecho procesal penal español ver, **Teresa Armenta Deu**, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, 6ta ed., 2012, p. 43: “La sentencia no puede condenar por hecho oponible distinto del que fue objeto de la acusación.”. Pero la autora española ya adelanta: “A reserva de todas las precisiones y ampliaciones..., cabe señalar únicamente que los dos aspectos cuestionados en torno a este extremo son: 1) la incidencia que la calificación jurídica de los hechos tenga en el objeto del proceso, integrándolo o no; y b) la necesidad de que toda modificación de la calificación jurídica...debe, en todo caso, someterse a la contradicción de las partes”. Los segmentos críticos observados por Armenta Deu son correctos, sin embargo, veremos que no son los únicos.

¹² Para algunos autores lo que verdaderamente garantiza la defensa del acusado no es la imputación, sino estrictamente la comunicación de esa imputación. Ver, **Alejandro Alvarez**, “El principio acusatorio: garantía de imparcialidad”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1996-A, Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 413. Ver también, **Teresa Armenta Deu**, *El principio acusatorio y Derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1995, *passim*.

Como se ha afirmado: “Para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuye haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal se conoce como imputación”¹⁴. Es bastante claro que alrededor de esa imputación, el imputado y su defensor técnico organizan su “hoja de ruta” procesal¹⁵.

Como sabemos, la imputación se funda en la descripción de un comportamiento en el mundo fáctico (tiempo, lugar, modo), pero este mundo fáctico es recortado según el modo de describirlo de una norma jurídico-penal¹⁶. Como se ha dicho, “el núcleo de esa imputación es, según ya se ha observado, una hipótesis fáctica – acción u omisión según se sostenga que lesiona una prohibición o un mandato del orden jurídico – atribuida al imputado, la cual, a juicio de quien la formula, conduce a consecuencias jurídico penales, pues contiene todos los elementos, conforme a la ley penal, del hecho punible”¹⁷.

Sin una imputación expresada bajo ciertos presupuestos formales, de acuerdo a un conjunto de condiciones que faciliten la comunicación de una infracción, no sería posible el juego propio del proceso penal dirigido a la búsqueda de la verdad sobre el hecho y la responsabilidad del autor.

Es justamente por ello que todos los sistemas procesales, incluso a veces en más de una instancia, prevén un momento formal exclusivamente destinado a transmitir la imputación y dar oportunidad de escuchar al imputado o acusado.

La imputación implica una invitación a que comiencen a manifestarse las consecuencias de la garantía del derecho de defensa en juicio. Todo el modelo de aseguramiento de la comunicación procesal al imputado de aquello que se le atribuye perdería sentido si no es observado desde el prisma del derecho de defensa.

La comunicación de la imputación o su correlato, el derecho a ser informado de esa atribución se encuentra también reconocido en el sistema internacional de protección de los derechos humanos¹⁸, en particular es muy clara la recepción en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3).

¹³ Ver **Alberto Binder**, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 151.

¹⁴ **Maier** (*supra* nota 9), *idem*.

¹⁵ Esta comprensión es fundamental. Sólo de este modo se advierte la trascendencia de las exigencias formales y materiales que rodean al hecho institucional de la imputación en el proceso. “La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o alguno de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico penal a la que se pretende conduce, o, de otra manera, agregar los elementos que, combinados con los que son afirmados, guían también a evitar la consecuencia o a reducirla”, **Maier** (*supra* nota 9), p. 553.

¹⁶ Sobre la capacidad condicionante de estos dos mundos, el fáctico y el normativo, sobre lo que se denomina objeto del proceso, ver **Juan Luis Gómez Colomer**, *El proceso penal alemán: introducción y normas básicas*, Barcelona: Ed. Bosch, 1985, p. 40 s.

¹⁷ **Maier** (*supra* nota 9), *idem*.

¹⁸ Ver **Marcelo Colombo/ Julián Ercolini**, “El derecho a ser informado de la imputación”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 5, Nro. 9-C, 1999, 141-201.

6. Precisión de la imputación

Como dijimos, para que la imputación pueda cumplir ese papel protagónico en el aseguramiento del derecho de defensa debe satisfacer ciertas condiciones formales y materiales. Entre ellas, que la atribución sea lo más precisa posible. No debe haber dudas acerca de qué es aquello que se pretende atribuir. Sobre todo, no le debe haber ninguna duda al imputado.

“Para que la posibilidad de ser oído sea un medio eficiente de ejercitar la defensa ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado y mucho menos de una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo al nombre de la infracción, sino que por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona”¹⁹

Nadie puede defenderse correctamente de aquello que no se ha definido con precisión.

Ahora bien, esta definición precisa del hecho imputado requiere un ida y vuelta entre hecho y norma. La atribución sólo cobra sentido cuando los hechos son recortados de acuerdo a la segmentación de la realidad que ha producido el legislador. El centro de gravedad de la atribución sólo es encontrado cuando el contorno del hecho coincide con el contorno de la norma.

Sólo de este modo, adicionalmente, la tipicidad como categoría dogmática demuestra sus habilidades como herramienta procesal.

Como se ha afirmado con claridad:

(La imputación) “correcta y garantizadora, necesita irremediablemente cumplir con la descripción clara, precisa y circunstanciada del hecho que trata de adjudicar a una persona; y esto significa que debe describir con la mayor minuciosidad posible todos los caracteres de modo, tiempo y lugar de la acción u omisión que considera... La enumeración de esos requisitos no es un ritualismo absurdo, no es un exceso formal, sino que es la forma, es el medio por el cual se permite a la persona del imputado y su defensa técnica, responder racionalmente a los cargos presentados...”²⁰

Describir el hecho es, justamente, señalar el “cómo” de esas acciones típicas, con circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Pero, adicionalmente, sólo cuando se ha logrado respetar estas exigencias de imputación, es que habrá chances de resguardar el escenario para garantizar la vigencia de la idea fundamental que expresa el principio de congruencia.

¹⁹ **Marcelo Sancinetti**, *La nulidad de la acusación por indeterminación y el concepto de instigación*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2001, p. 20 s.

²⁰ **Sancinetti** (*supra* nota 19), p. 21.

7. El principio de congruencia²¹

Como sabemos, el principio de congruencia constituye uno de los vértices fundamentales de un sistema de enjuiciamiento respetuoso del Estado de derecho. Se trata de la expresión directa de una consecuencia propia de la garantía del derecho de defensa²².

La congruencia tiene por función darle lógica al diálogo institucionalmente reglado propio del sistema de enjuiciamiento y es, a la vez, el único modo para no transformar al juego de contradicción propio del sistema de enjuiciamiento en una trampa mortal para las ambiciones del acusado de contribuir a la configuración de su inocencia²³. De este modo, no cabe duda que no hay exigencia más racional que asegurarle al acusado que él y el fiscal tienen como objeto de referencia argumental el mismo hecho (en su configuración fáctica que sólo adquiere sentido a la luz de determinado recorte normativo), y ambos pueden estar tranquilos (pero la garantía sólo rige para el acusado) acerca de que el tribunal decidirá sobre exactamente lo mismo. Esta identidad triangular asegura un mínimo de racionalidad del diálogo institucional. De este modo es natural que la sentencia sólo pueda referirse a aquellas cuestiones que han sido introducidas en el juicio mediante la acusación y que las partes tuvieron oportunidad de controvertir argumentalmente y sostener probatoriamente²⁴.

El derecho de defensa se ve afectado si “luego del debate, la sentencia se refiere a cualquier otro hecho, diferente de los tenidos en cuenta durante éste”²⁵.

En ese sentido se ha sostenido que la “La reglamentación rigurosa del derecho a ser oído (...) no tendría sentido si no se previera, también, que la sentencia sólo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales él ha tenido oportunidad de ser oído; ello implica vedar que el fallo se extienda a hechos o circunstancias no contenidas en el proceso que garantiza el derecho de audiencia (*ne est iudex ultra petita*). La regla se expresa como el principio de correlación entre la acusación y la sentencia”²⁶.

²¹ La Corte Suprema de la República Argentina se ha expedido más de una vez sobre el reconocimiento del principio de congruencia. Ver, por ejemplo, el caso “Zurita” (La Ley, 1991-D-129). En el caso “Rochia” (CSJN 310:2094) la Corte recordó que es deber de los Jueces circunscribir el pronunciamiento a los hechos que fueron materia de juicio. Ver sobre estos y otros antecedentes de la Corte Suprema de la República Argentina, **Alejandro Carrió**, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 5ta. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 131 ss.

²² **Alberto Bovino**, “Principio de congruencia, derecho de defensa y calificación jurídica. Doctrina de la Corte Interamericana”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2006. Se cita de acuerdo a la versión electrónica aparecida en <http://www.procesal1-catedra2.com.ar/sites/procesal1-catedra2.com.ar/files/Congruencia-Bovino.pdf> (última visita 23.11.2012).

²³ Últimamente se ha sugerido que la suerte del principio de congruencia en lo que respecta a su vigencia práctica se relaciona con la aplicación de las reglas del litigio. Ver en este sentido **Carolina Ahumada/ Diego García Yomha**, “La aplicación de las reglas del litigio como herramienta para comprender el alcance del principio de congruencia”. Publicado en su versión electrónica en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/05/procesos01.pdf> (última visita 23.11.2012).

²⁴ Un derecho que se vincula estrictamente con el principio de contradicción. Ver: Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 176/1998, del 14.09. Recurso de Amparo. 2566/1994. Ver al respecto **Manuel Jaén Vallejo**, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 23.

²⁵ Ver **Binder** (*supra* nota 13), p. 163.

²⁶ Ver **Maier** (*supra* nota 9), p. 568.

8. Congruencia meramente fáctica y principio *iura novit curia*²⁷

Sin embargo, el principio de congruencia fue inicialmente entendido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en forma extremadamente acotada.

Según las posiciones más tradicionales, la congruencia alcanza únicamente los aspectos de hecho de la acusación, y todo aquello que no constituya una modificación de la base fáctica no implica una afectación a este principio²⁸.

Esta visión restrictiva de la congruencia se explica en función del aforismo *iura novit curia*²⁹, según el cual, el tribunal tiene la facultad de modificar la calificación jurídica de los hechos puesto que “el juez conoce el derecho”³⁰.

En la línea de pensamiento más tradicional, Clariá Olmedo asegura que el aspecto jurídico no se encuentra alcanzado por el principio de congruencia desde que el tribunal tiene la libertad para elegir las consecuencias jurídicas que estime corresponder en relación a las cuestiones de hecho introducidas por las partes al debate³¹.

La mayoría de los Códigos procesales en materia penal que han surgido en las últimas tres décadas de “fiebre reformista” en América Latina, han mantenido este resguardo limitador a la luz de este aforismo³².

Esta posición también ha sido sustentada repetidamente desde la jurisprudencia. La Corte Suprema de Justicia de la República Argentina ha entendido que “el cambio de calificación no configura agravio constitucional alguno, cuando, como ocurre en el caso, la sentencia recurrida versa sobre el mismo hecho del proceso motivo de condena en primera instancia y de acusación por parte del Ministerio Público...”³³. Incluso, éste fue el criterio receptado legislativamente y se encuentra, por ejemplo, en el actual Código Procesal Penal de la República Argentina.

El artículo 401 de ese Código Procesal Penal establece que “(e)n la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad. Si

²⁷ La constitucionalidad del principio *iura novit curia* a la luz de constituciones que recepen expresamente la garantía del derecho de defensa en el proceso penal ha sido puesta en duda. Ver en este sentido **Angela Ledesma**, “¿Es constitucional la aplicación del brocardo *iura novit curia*?”, en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio Maier*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 357 ss.

²⁸ Con claridad (aunque sosteniendo una postura completamente opuesta a la que aquí defendemos) **Jorge A. Clariá Olmedo**, “Principio de congruencia en el proceso penal”, en el *XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, 1981, t. I, p. 363. Ver sobre esta postura **Jorge E. Vázquez Rossi**, *Derecho procesal penal*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, t. II, p. 456. A favor de esta tesis restrictiva, **Carlos Creus**, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 117. También, **Francisco D’Albora**, *Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires: LexisNexis, 2002, 5a ed., p. 868.

²⁹ Para una explicación tradicional del alcance del principio, ver **Santiago Sentís Melendo**, “*iura novit curia*: sistematización bibliográfica y jurisprudencial”, en *Revista de Derecho Procesal*, año VII, Nro. III, 1948, p. 209 ss.

³⁰ Esta postura limitativa también en **Alfredo Vélez Mariconde**, *Derecho procesal penal*, Córdoba: Lerner, 1986, t. II, p. 228.

³¹ **Clariá Olmedo** (*supra* nota 28) p. 363.

³² Art. 341, párr. II, CPP Chile; art. 365, párr. II, CPP Costa Rica; art. 359, párr. II, CPP El Salvador; art. 364, párr. II, CPP Venezuela.

³³ Ver CSJN, Fallos, 302:482.

resultare del debate que el hecho es distinto del enunciado en tales actos, el tribunal dispondrá la remisión del proceso al juez competente...”. Sin embargo, más de una vez Casación se expidió en sentido contradictorio³⁴.

9. El principio de congruencia bajo la luz de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos

El problema llegó, así definido, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través del Caso “*Fermín Ramírez Vs. Guatemala*”, Sentencia de 20 de junio de 2005³⁵. Se trató de una oportunidad importante para definir un justo punto entre la vigencia del principio de congruencia como derivación de la garantía del derecho de defensa y el resguardo de la facultad institucional de los jueces de definir el derecho aplicable.

Los hechos son conocidos: Ramírez fue detenido por un grupo de vecinos de la aldea Las Morenas y entregado a la Policía Nacional por haber cometido, supuestamente, un delito en perjuicio de una menor de edad. El Juzgado de Primera Instancia ordenó la prisión preventiva por los delitos de asesinato y violación calificada. Luego, el Fiscal solicitó la apertura del juicio y formuló acusación por el delito de violación calificada previsto en el artículo 175 del Código Penal de Guatemala. El Juez dictó auto de apertura a juicio por el delito de violación calificada. En el alegato de conclusión del debate oral, el Fiscal aseveró que el acusado era responsable del delito de asesinato. Frente a ello, el Tribunal concluyó por unanimidad y “con certeza jurídica” que era autor responsable del delito de asesinato. Y más aun, decidió que correspondía la pena de muerte.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el Estado violó el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a partir de la inobservancia de la mencionada correlación entre la acusación y la sentencia. Según la Comisión, la incongruencia se generó a partir de que el Tribunal de Sentencia modificó la calificación jurídica del delito y dio por establecidos “hechos y circunstancias nuevos” que no fueron considerados en la acusación ni en el auto de apertura a juicio.

A la hora definir el ámbito de protección de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la CADH, se afirmó que “la Corte debe considerar el papel de la ‘acusación’ en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa”³⁶.

Según se recuerda en esa decisión, “La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado...” “La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa” cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado ‘principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia’ implica que la

³⁴ Ver, “Dulbecco, Claudio Daniel” (recurso resuelto el 16.2.1996).

³⁵ CIDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*, 20.06.2005 (disponible online en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf – última visita 24.11.2012).

³⁶ CIDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala* (supra nota 35), párr. 67.

sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación”³⁷.

De este modo, quedaba claro que la CIDH mantenía una versión restringida de la garantía del derecho de defensa.

La Corte utilizó como una referencia de enorme importancia, aunque a mi juicio de modo un tanto errático, el caso “*Pélissier y Sassi vs. Francia*” de la Corte Europea de Derechos Humanos. Allí como la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos lo recuerda, la Corte Europea advirtió que los acusados no tuvieron oportunidad para desarrollar debidamente la defensa en relación con la nueva imputación. Recordó que sólo a través de la sentencia del tribunal de apelaciones tuvieron noticia de la recalificación de los hechos. Estimó que el cambio acogido en la sentencia alteraba los términos de la acusación inicial.

Como lo menciona expresamente la Corte Interamericana, la Corte Europea consideró que el artículo 6.3.a) de la Convención Europea de Derechos Humanos reconoce al imputado el derecho a ser informado no sólo de la causa de la acusación, es decir, de los actos que supuestamente ha cometido y sobre los que se basa la acusación, sino también de la calificación legal dada a esos actos³⁸.

Ahora bien, a la hora de subrayar las omisiones e irregularidades del caso que motivó su intervención, la Corte Interamericana recordó, dejando traslucir los propios límites de su concepción, que: “el presidente del Tribunal se limitó a advertir a las partes que ‘en el momento oportuno’ podía darse una calificación jurídica distinta de la contemplada en la acusación y en el auto de apertura a juicio, pero no especificó cual sería esa nueva calificación legal, y mucho menos se refirió a la posibilidad de que el cambio de calificación proviniera, en realidad, de una modificación en la base fáctica del proceso y, en su hora, de la sentencia”³⁹.

Asimismo no se ofreció “al inculpado la oportunidad de rendir una nueva declaración en relación con los últimos hechos que se le atribuyeron. Estas omisiones privaron a la defensa de certeza acerca de los hechos imputados (artículo 8.2.b) de la Convención y, en consecuencia, representaron un obstáculo para preparar adecuadamente la defensa, en los términos del artículo 8.2.c) de la Convención”⁴⁰.

La Corte Subrayó que “el Tribunal de Sentencia no se limitó a cambiar la calificación jurídica de los hechos imputados previamente, sino modificó la base fáctica de la imputación, inobservando el principio de congruencia”⁴¹.

Como se puede advertir, en el sistema regional americano de protección de los Derechos Humanos, a la luz del principio de congruencia sólo se resguarda a los ciudadanos sometidos a proceso, de un cambio de la “base fáctica” de la acusación.

Al pasarse de la calificación de Violación Agravada a la calificación de Asesinato⁴², se afirma que no se resguarda la coincidencia en la “dirección del dolo en ambos supuestos”⁴³. De modo

³⁷ CIDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala* (supra nota 35), *idem*.

³⁸ CIDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala* (supra nota 35), párr. 69.

³⁹ CIDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala* (supra nota 35), párr. 73.

⁴⁰ CIDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala* (supra nota 35), *idem*.

⁴¹ CIDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala* (supra nota 35), párr. 75.

confuso se dice: “en el primero, el *animus* es de mantener acceso carnal, del que resulta la muerte del sujeto pasivo; en el segundo, es de matar, en alguna de las formas o a través de alguno de los medios que la ley prevé a título de agravantes”⁴⁴. El Tribunal de Sentencia dio por demostrados hechos no contenidos en la acusación⁴⁵.

Se vuelve a insistir que, de este modo, “No podría entenderse que esto significa un simple cambio en la calificación jurídica del delito”⁴⁶.

De este modo el sistema americano de protección de los derechos humanos desaprovechó una gran oportunidad de darle al principio de congruencia un alcance correcto: aquel que surge de observar el fenómeno que regula a la luz de la garantía del derecho de defensa en todas sus manifestaciones posibles.

10. Datos fácticos y datos normativos como dimensiones inseparables a la hora de garantizar al principio de congruencia como manifestación de la garantía del derecho de defensa

Parece indudable que gran parte de la suerte de esta dimensión de la garantía del derecho de defensa depende de la forma en que se comprenda la frontera entre hechos y normas, base fáctica y encuadre jurídico. Pero, sobre todo, es mayormente relevante la forma en que se comprenda esta relación entre mundo fáctico y mundo jurídico a la luz de las funciones del proceso penal y del juego de sus instituciones esenciales.

Normalmente es de rigor recordar que ya Baumann, al referirse al “objeto del proceso”, afirmó que: “no es tan solo una situación de hecho que en el proceso se trata de cualquier manera (por ejemplo, desde el punto de vista del derecho civil, administrativo, policial, etc). Se lo tratará con arreglo a las pautas del derecho penal material. En el proceso penal se trata de realizar la pretensión penal estatal. ¿No debería pertenecer la afirmación general de la consecuencia jurídica al objeto penal-procesal del proceso? La opinión dominante hace caso omiso del hecho de que la misma situación puede producir consecuencias jurídicas en extremo diferentes (...). A mi juicio, objeto del proceso es, por consiguiente, la afirmación de la consecuencia penal (existencia de una pretensión penal estatal) de una situación de hecho determinada (...) Considerados en forma aislada, el hecho o la situación de hecho concreta no pueden ser objeto del proceso.”⁴⁷.

Ello es correcto. La mera descripción de un hecho cumple una función diagnóstica, pero no esencialmente comunicadora. El supuesto de hecho no puede ser contemplado aisladamente, sino en el marco del recorte del mundo fáctico que realiza una norma jurídica penal. Ese traslado al acusado es lo que activa la necesidad de desarrollar una estrategia

⁴² Según el CPP Guatemala, el debate debe suspenderse en caso de ampliación de la acusación durante el juicio: “Artículo 373.- Ampliación de la acusación”.

⁴³ CIDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala* (*supra* nota 35), párr. 76.

⁴⁴ CIDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala* (*supra* nota 35), *idem*.

⁴⁵ CIDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala* (*supra* nota 35), *idem*.

⁴⁶ CIDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala* (*supra* nota 35), *idem*.

⁴⁷ Jürgen Baumann, *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, Traducción de la 3era. edición ampliada de 1979, por Conrado Finzi, Buenos Aires: Depalma, 1986.

defensiva y un marco probatorio favorable. En realidad: los hechos no se imputan, sino que se describen. La imputación como tal representa un fenómeno en gran medida cultural que conlleva un juicio de valor que sólo se expresa cuando el hecho se apodera de la norma. Por otro lado, la organización del camino probatorio no está indicado de ningún modo en el mero hecho, sino que viene organizado por aquellos segmentos del hecho que le dan contorno a la acción como un comportamiento desvalorado. Ese ángulo de visión es el que permite advertir la diferencia entre el ofrecimiento estratégico de un camino probatorio y el camino científico propio de una investigación empírica.

Ello demuestra que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha garantizado de modo injustificadamente conservador el ámbito del principio de congruencia a la luz de la garantía del derecho de defensa, llevando el problema normativo forzosamente al ámbito tranquilizador del mero aseguramiento fáctico.

11. La norma como selección arbitraria de un sector de la realidad

Sin embargo, no cabe duda que sería arriesgado sostener la inseparabilidad de hechos y normas. Es que, todo el sistema de atribución está estructurado sobre la base de esa distinción y no podríamos, por lo menos por ahora, concebir un sistema del hecho punible que niegue este punto de partida.

Pero también es claro que todos los sistemas de enjuiciamiento (y en esto no hay demasiadas diferencias entre sistemas un poco más inquisitivos o un poco más acusatorios) se encuentran organizados, ya desde el comienzo, desde la misma intervención policial, sobre la capacidad selectiva del mundo real de las diferentes normas jurídico penales. Esa relación, más o menos arbitraria, que opera desde el mundo normativo no sólo organiza el inicio del diálogo con el imputado, sino también todo el sistema de investigación procesal. No tendría ningún sentido, justamente, a la hora de invitar al imputado a ofrecer un menú probatorio que apoye su tesis, privarlo de la “hoja de ruta” que implica la valoración normativa.

Es por ello que otro de los déficit que ha pagado normalmente la garantía del derecho de defensa frente a la idea de que la calificación normativa es “harina del costal” del Tribunal, se refiere a su reducida vigencia en etapas preliminares del proceso. Los cambios de calificación en la etapa del sumario o de la llamada instrucción penal preparatoria, pueden significar daños sensibles a la posibilidad de una defensa eficiente.

12. Congruencia desde la evitación de la sorpresa

A efectos de explicar el verdadero alcance del principio de congruencia, hay que recordar que: “La base de la interpretación está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el

imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado.”⁴⁸.

Ello marca a mi juicio la visión correcta sobre el problema, sugiere el camino de mayor precisión argumentativa como para analizar aquello que está en juego y el modo de resolverlo.

Garantía de la defensa y sorpresa es indudable que no debieran ser extremos de relación placentera. Pero en realidad, si esto es cierto, entonces, como más abajo veremos, debería ser una consecuencia directa de este planteo una vigencia mucho más amplia de los procesos prohibidos desde la idea de congruencia entre acusación y sentencia. En particular mucho más amplia de la que ostentan tanto el sistema regional, en el continente americano, de protección de los derechos humanos y buena parte de las legislaciones procesales de la región.

Si la sorpresa del acusado es un problema, entonces, la mayor parte de los casos de cambio de calificación normativa, incluso en los supuestos de cambios no totalmente radicales en cuanto a los hechos, implicarían siempre una seria dificultad para organizar la exposición de la tesis del acusado y con ello una clara lesión de la garantía del derecho de defensa.

Veamos algunos casos.

13. Congruencia: los límites entre acción y omisión

Por ejemplo, no cabe duda que en muchas ocasiones estará latente la posibilidad de imputar un resultado a la luz de cierta estructura omisiva y también de hacerlo bajo los parámetros del modelo del ilícito comisivo o activo.

Ahora bien, los respectivos recortes de la realidad que realizan los diseños de la tipicidad omisiva y activa generan que un cambio no anunciado en este sentido siempre implique sorpresa, descolocación estratégica y debilitamiento de la fuerza defensiva de los anteriores argumentos de la tesis del acusado.

Ello es evidente porque entre otras razones debiera ser claro que la conducta del destinatario que se espera como adecuada frente a la norma tiene contornos mucho más precisos e informados, en el ámbito de los mandatos que en el ámbito de las prohibiciones. La elección de los caminos argumentales y la certificación probatoria de las afirmaciones que implica cada uno de esos caminos difiera sustancialmente. Bajo la imputación de una omisión, el sujeto, debe sostener la tesis y lograr credibilidad en el tribunal acerca de que él en verdad ha realizado exactamente la acción debida bajo las condiciones del mandato. En cambio, como es imaginable, el haz argumental se despliega hasta el infinito en el marco de una imputación regida por una norma prohibitiva. En la vida práctica del sistema judicial es un lugar común la creencia de que imputar un ilícito omisivo genera un mayor debilitamiento estratégico para la tesis de la defensa.

Ello, incluso, representa un extremo que debe ser tenido en cuenta a la hora de reflexionar sobre las formas de autoría. A diferencia de lo que ha sucedido posiblemente en los últimos 100 años de dogmática penal, los conceptos dogmáticos y las discusiones sobre esos

⁴⁸ Maier (*supra* nota 9), p. 336.

conceptos en el trabajo académico, deben incorporar una visión procesal: cada vez es más legítimo preguntarse, frente a un dilema dogmático, que presenta las opciones “X1” y “X2”, cuál de ellas permite el mejor funcionamiento y resguardo de las garantías procesales que rigen el sistema de enjuiciamiento del Estado de Derecho⁴⁹.

Por ejemplo, bajo un modelo de autoría como infracción de deber⁵⁰, en el marco del cual pierde toda trascendencia el tipo de aporte al hecho del sujeto activo, la falta de definición del hecho imputado, normativa y tácticamente, aumenta exponencialmente los riesgos de lesión visible de la garantía del derecho de defensa.

Ello salta a la vista si se recuerdan algunas expresiones que acompañaron a la instalación de este modelo de autoría: “en los delitos de infracción de deber la forma externa de intervención es indiferente: basta cualquier causar de la índole que sea, de manera que, en lo que se refiere a la irrelevancia de las formas externas de conducta, cabe advertir una concordancia con el concepto extensivo de autor”⁵¹.

14. Congruencia, dolo e imprudencia

También el tránsito que va de la imputación dolosa hasta la atribución del mismo resultado, pero bajo los parámetros de la actuación imprudente, implican normalmente una lesión del

⁴⁹ En contra de lo que parece surgir de la visión tradicional que siempre (o casi siempre) ha visto en el derecho procesal penal un papel de auxiliar, de vehículo, del derecho penal, hay buenas razones a mi juicio para hacerse de la idea contraria. En efecto no debe llamar la atención que en el corto plazo se logre consenso acerca de que las cosas, en la historia reciente, han sido un tanto diferentes de cómo fue presentada por los “historiadores oficiales”. El derecho penal, quizá, ha cumplido demasiado dócilmente un rol de usina de conceptos adecuados a las necesidades de estándar probatorio de sistemas procesales que se encontraban muy condicionados por las exigencias político criminales de eficacia y que, en verdad, siempre han tenido, por razones de muy compleja reconstrucción, desempeños lamentables (Se acerca más a la realidad de esta descripción, la formulación de Hassemer: “El derecho penal material es portador de las indicaciones que orientan la búsqueda de los datos que constituyen el caso” (Winfried Hassemer, “Fundamentos del derecho penal”, trad. de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984, p. 213). Habría que subrayar, para que no pase desapercibido ese rol de portador de las indicaciones, que quizás se han originado lamentablemente en los más mezquinos escenarios político criminales. En este sentido, gran parte de las discusiones que constan en las agendas académicas del siglo XX en el derecho penal, admiten una lectura desde esta necesidad. A pesar de que semejante tesis requeriría de un enorme esfuerzo investigativo (difícil de agotar en una sola investigación de largo alcance), no es posible desechar la idea de que toda la evolución de las diferentes estructuras dogmáticas ha seguido un paradigma explicativo (más allá de que existan otros, en forma paralela, igualmente válidos): la flexibilización probatoria y la facilitación de su confirmación procesal. Se podrá objetar que, en definitiva, en el texto principal se propone algo, como mínimo, similar: en definitiva aquí también se sugiere que determinadas discusiones dogmáticas tomen en cuenta al escenario procesal. Sin embargo, la crítica sería inválida. Aquí no se trata de ninguna instrumentalización, por lo menos en lo que respecta al sistema de relaciones horizontales entre derecho penal y derecho procesal penal, sino de que ambos sectores normativos reflejen fielmente los objetivos institucionales que dominan su carga genética: la vigencia de los límites constitucionales. Mayores precisiones sobre esta idea son necesarias, pero excederían los límites de este aporte.

⁵⁰ Ver **Claus Roxin**, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Traducción de la sexta edición alemana, por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Barcelona: Pons, 1998, p. 412. Ver también, posiblemente en contra, **Silvina Bacigalupo**, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Barcelona: Marcial Pons, 2007. Ver el excelente análisis de esta posición sobre la autoría de **Javier Sanchez-Vera Gómez-Trelles**, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 32.

⁵¹ **Roxin** (*supra* nota 50), p. 412.

principio de congruencia que afecta el derecho de defenderse eficazmente. El hecho de que el Fiscal haya acusado en el marco del juicio oral por la figura más grave (homicidio doloso) no elimina la generación de la sorpresa para el acusado en el caso de que el Tribunal haya condenado por un delito de menor gravedad (homicidio imprudente). Aquí no rige la máxima *ad maiore ad minus*.

La organización del plan defensivo difiere nítidamente frente a la atribución dolosa o imprudente. Quien se defiende de su no organización dolosa, puede todavía no haber dicho nada a favor de la no generación de un riesgo antinormativo con conciencia del riesgo⁵².

Los costos procesales de estos modelos dogmáticos apenas si han sido advertidos⁵³.

15. Formas de intervención

Una lesión muy usual (y en general desapercibida) se verifica incluso en los cambios de la atribución de la forma de intervención.

Es claro que nadie se defiende igual de la imputación de instigación al autor principal, que de la atribución de coautoría, o de mera complicidad secundaria. Alguien podría afirmar que de este modo, en estos ámbitos, no ha habido ciertamente ni un cambio del supuesto de hecho (visto, claro, superficialmente), ni un cambio de la referencia normativa del delito en particular (*lato sensu*).

Semejante descripción se sostiene en dos errores. El primero reside en el modo en que se confirma la consideración normativa. De este modo, se prescinde de que la atribución de antinormatividad (tipicidad) al autor directo, es diversa, ya en el mundo jurídico *stricto sensu*, a la que, por ejemplo, domina la imputación al partícipe. Y ello incluso en modelos dominados por la teoría unitaria del autor. En este caso las ulteriores precisiones serán necesarias en el terreno de la determinación judicial de la pena.

El segundo error remite a los modos de seccionar el mundo real de las normas de participación con respecto a las normas que regulan en forma directa la autoría principal (normalmente el *leiv motiv* de la parte especial). Salvo el caso de la autoría única y exclusiva, los demás

⁵² La cuestión es mucho más clara para quien considere legítima la imputación de culpa inconsciente.

⁵³ En ocasiones también ciertas garantías constitucionales normalmente comunicadas con el sistema de enjuiciamiento tienen la virtualidad de ser útiles a la hora de orientar los caminos de reflexión del sistema dogmático de la teoría del delito. En particular, la garantía del derecho de defensa en el ámbito del proceso penal no sólo exige que en esa instancia en particular se verifique el cumplimiento del mandato de conocimiento de la imputación por parte del imputado como condición *sine qua non* de su defensa material, sino también que las premisas que ofrece el sistema del derecho penal, el sistema del hecho punible, garanticen, posibiliten, una comunicación precisa de aquello en lo que consiste el ilícito imputado. Ello exige, ya en el terreno del derecho penal sustantivo, en primer lugar descripciones de hechos en la ley penal que posean capacidad comunicativa de hechos individuales y precisamente definidos. Sin duda, tipos penales de “asociación”, por ejemplo, que descansan en descripciones de conducta meramente grupal no son el mejor escenario en este sentido. Adicionalmente, y en segundo lugar, también se requieren estructuras dogmáticas en la parte general que profundicen esas descripciones aumentando los niveles de precisión y no que, en cambio, los desdibujen. En este sentido, cuando hoy se repite, aquí y allá, cada vez más a menudo, que no es relevante el modo en que el sujeto activo lesiona el deber, si por acción o por omisión, este paradigma no se encuentra en el mejor de los mundos, ni mucho menos.

supuestos deben remitirse en el relato imputativo a la conexión entre partícipe (o coautor) y autor (o el otro coautor). El relato del hecho del partícipe sólo adquiere sentido en su relación con el relato del hecho del autor principal. De este modo, ¿cómo es posible pensar que ambas situaciones son procesalmente intercambiables sin lesión alguna al derecho de defensa material?

16. Tipos penales complejos por la multiplicidad de verbos (alternatividad normativa interna)

Lamentablemente, en particular desde foros internacionales, o multinacionales, impulsados por emergencias coyunturales, se ha difundido una técnica legislativa desaconsejable, que consiste en redactar la materia de prohibición o mandato acudiendo a catálogos de opciones a partir de una variedad casi infinita de verbos típicos alternativos. Ello se advierte con nitidez digna de mejores causas en las (casi calcadas) legislaciones universales del ilícito de blanqueo de capitales o lavado de dinero⁵⁴.

Cualquier cambio de verbo entre acusación y sentencia implica un riesgo de lesión, aunque la referencia normativa quede incólume y los hechos globalmente considerados también.

La seducción que ejerce esta multiplicidad lingüística sobre el ánimo de los operadores a la hora de debilitar la obligación de definir con precisión aquello que la ley define luego de tres, cuatro, o cinco “tiros” al blanco, es directamente inconfesable. Muy cerca de este sentimiento rige posiblemente una máxima que diría: “donde la ley no distingue sobran las precisiones jurisdiccionales”.

17. Relaciones concursales

Los cambios de calificación normativa pueden generar daños al ejercicio del derecho de defensa incluso en escenarios de relaciones concursales. Obviamente ello no sucede en casos de relación lógica total de tipos penales si, adicionalmente, el cambio es beneficioso para el acusado (se acusa por homicidio agravado y se condena por homicidio simple). Pero sí es visible el problema cuando el salto se da entre tipos penales que en el caso concreto manifiestan relaciones de consunción (lesiones y tentativa de homicidio, o lesiones y homicidio) o en casos de relaciones de subsidiariedad expresa.

⁵⁴ Ver, por todas, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, *Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito*: “1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) i) La *conversión o la transferencia* de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de *ocultar o disimular* el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; ii) La *ocultación o disimulación* de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a estos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito; Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: i) La *adquisición, posesión o utilización* de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito; ii) La *participación* en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la *asociación y la confabulación* para cometerlos, el intento de cometerlos, y la *ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento* en aras de su comisión.”

18. ¿Es una solución la acusación alternativa?⁵⁵ – Alternatividad normativa externa

Una de las opciones que presenta el actual catálogo de la ciencia y la normativa procesal para enfrentar este problema reside en otorgar la posibilidad al ministerio público fiscal de acusar, alternativamente, mediante el empleo de más de una subsunción del hecho en una norma jurídico penal.

El instituto de la acusación alternativa no es una solución aceptable debido a más de una razón.

En primer lugar, la admisión, sin más ni más, de esta posibilidad en el Fiscal que representa en el juicio oral la tesis de la acusación estatal no implica de por sí, una redefinición de un conflicto (*iura novit curia* vs. Garantía del derecho de defensa en juicio) que tiene por principales protagonistas al tribunal y a la dupla acusado-defensor técnico. En efecto, no quedan claras las razones por las cuales hay una relación condicionante entre ampliar la posibilidad de subsunción normativamente del Fiscal y la limitación del *iura novit curia*. Todavía subsistirá la pregunta acerca de por qué el Tribunal no mantiene la posibilidad de una tercera calificación, en todo caso, divergente de las opciones elegidas por el Fiscal.

Pero incluso prescindiendo de esta posible objeción existen todavía otras buenas razones para no confiar en las virtudes de este camino.

La primera razón surge al recordar el riesgo de que detrás de la previsión procesal de la calificación alternativa se esconda, en el ámbito de la aplicación del derecho sustantivo una lesión del *in dubio pro reo*⁵⁶ y adicionalmente con una legitimación, ahora, institucional⁵⁷. Que luego del desarrollo de una completa investigación procesal, ya en la etapa principal, el Fiscal todavía manifieste una doble posibilidad de calificación no puede ocultar que ello expresa la ausencia de convencimiento sobre las posibilidades de adecuación de los hechos a la norma. La doble posibilidad implicará siempre (salvo casos de relación lógica total –algunos casos de especialidad basados en simetría semántica parcial-, o de doble absorción del injusto –relaciones de consunción-) la posibilidad real de una tercera opción: que los hechos no deban ser subsumidos en ninguna norma jurídico penal. La imputación debe implicar siempre una sola reconstrucción del hecho como expresión de sentido histórico y como base del reflejo argumental.

Si “x” y “j” son alternativamente posibles entonces es claro que ya en la reconstrucción comunicacional del hecho ni “x” ni “j” están confirmadas argumentalmente y compiten en el terreno de las hipótesis con una tercera opción “h” que representa el ámbito de la neutralidad o de lo no regulado.

Adicionalmente, hay que afirmar que si bien la imputación alternativa reduce (aunque no anula) el efecto nocivo de la sorpresa para la estructuración de la tesis de la defensa, no cabe ninguna duda que implica una enorme complicación y reducción de los caminos explicativos de la defensa.

⁵⁵ A favor de esta posibilidad ver **Maier** (*supra* nota 9), pág. 568.

⁵⁶ Claro que el problema sólo existe para quien ha tomado partido por la vigencia de la garantía en este ámbito hermenéutico. Para un desarrollo exhaustivo del problema y dando razones para esta vigencia ver **Maximiliano Rusconi**, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2009, p. 142 ss.

⁵⁷ Ya en este sentido **Giovanni Leone**, *Trattato di Diritto Processuale Penale: Svolgimento del Processo Penale. Vol. II*, Napoli: Jovene, 1961, p. 398: “L’alternativa, in sostanza, é incertezza...”.

La defensa no tiene solo que construir entre la infracción normativa “1” y el ámbito no regulado, sino que ahora también tiene que esquivar el terreno dominado por el ámbito de regulación de la norma “2”.

Que semejante cuadro no es el ideal para el resguardo de la garantía del derecho de defensa no requiere, aparentemente, mayores explicaciones.

Tampoco hace falta recordar el impacto de este doble escenario para la certificación probatoria.

19. ¿El problema se soluciona con el deber judicial de la advertencia al acusado sobre la posibilidad de un cambio normativo?

El mecanismo, en principio, más razonable que utilizan los sistemas de enjuiciamiento que consideran con seriedad la índole constitucional de lo que está en juego aquí, han incorporado el deber de advertencia sobre el posible cambio de calificación jurídica, como condición para la vigencia del *iura novit curia*.

Un ejemplo claro es el § 265 StPO (*Strafprozessbuch*, OPP alemana).

Para algún sector de la doctrina, la norma respeta el *iura novit curia*, “pues permite fallar acudiendo a una calificación jurídica distinta a la de la acusación o a la del auto de apertura del procedimiento principal, pero le otorga su exacto valor, que no puede arrasar con el principio de defensa, al obligar al tribunal de juicio a prevenir al imputado y su defensor acerca de la posible modificación de la calificación jurídica dándoles suficiente posibilidad para preparar la defensa”⁵⁸.

Claus Roxin, a la hora de afirmar las razones que sostienen ese deber que cae sobre los jueces de la audiencia principal, ha argumentado que, incluso frente a la facultad del tribunal de calificar el hecho según su propio criterio y en cuanto no se traspasen los límites fácticos del objeto procesal, es necesario asegurar que el acusado quede a salvo, justamente, de sorpresas que impidan preparar su defensa. Por otra parte, por el propio interés en lograr un esclarecimiento exhaustivo de lo ocurrido, se le debe conceder al imputado la posibilidad de pronunciarse respecto a la imputación que ha sido modificada⁵⁹.

La regla ha resguardado con amplitud la garantía del derecho de defensa. Incluso, en ella se protegen las chances de preparar una defensa exitosa si para ello se necesita una suspensión de la propia audiencia.

En sentido similar, el art. 733⁶⁰ de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España establece, como facultad excepcional y que debe ser usada con “moderación”, para casos de manifiesto

⁵⁸ Maier (*supra* nota 9), p. 570. También, Julio Maier, *La ordenanza procesal penal alemana*, Buenos Aires: Depalma, 1982, Vol.II, § 265, p. 231 ss.

⁵⁹ Cfr. Claus Roxin, *Derecho procesal penal*, traducción de Daniel Pastor y Gabriela Córdoba, Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000, p. 367.

⁶⁰ Art. 733 LECrim: “Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el presidente emplear la siguiente fórmula:

Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren

error⁶¹, la posibilidad de una calificación distinta por parte del Tribunal. Para el caso que las partes expresen que no están suficientemente preparadas, se prevé una suspensión de un día de la sesión.

A este respecto conviene recordar que forma parte de la garantía del derecho de defensa la disposición por parte del inculcado de tiempo y medios adecuados para la preparación de sus tesis argumentales⁶².

En ese sentido, hay que advertir que, por ejemplo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, la oportunidad para ofrecer prueba está regulada en el art. 656 que se refiere a las pruebas de las que intentan valerse las partes (por ejemplo listas de testigos y peritos). Esta etapa, previa al desarrollo mismo de la audiencia principal, es similar en caso todos los modelos procesales en lo que respecta a su secuencia temporal: primero se ofrece la prueba, luego la admisión y rechazo de las medidas sugeridas por parte del Tribunal (ver, art. 659 de LECrim) y luego el desarrollo mismo de la audiencia principal del Juicio. Ahora bien, las partes llegan al juicio con un plan de acción probatorio que encuentra relación directa con la calificación del ingreso al juicio. Cualquier cambio en la calificación, de modo indudable, no sólo requiere cierta gimnasia y destreza argumental, sino que seguramente requiere apoyos probatorios renovados. Aquí hay un problema que la mayor parte de las legislaciones procesales del mundo no resuelven.

Por otro lado, el tiempo de un día otorgado para “solucionar” los efectos nocivos de la sorpresa no es razonable. Incluso es llamativo como el problema está regulado de modo diverso a este respecto en el llamado “Procedimiento abreviado”. Es así como el art. 788.3, párrafo segundo de la ley procesal española, dispone que: *“El requerimiento podrá extenderse a solicitar del Ministerio Fiscal y de los letrados un mayor esclarecimiento de hechos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados”*. Asimismo el punto 4 reza: *“Cuando en sus conclusiones definitivas la acusación cambie la tipificación de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá considerar un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrá, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas”*.

acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de ...o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número...del artículo...del Código Penal.

Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, así respecto de la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, como en cuanto a la participación de cada uno de los procesados en la ejecución del delito público que sea materia de juicio. Si el Fiscal o cualquiera de los defensores de las partes indicaren que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta por el Presidente, se suspenderá la sesión hasta el día siguiente”.

⁶¹ La ambigüedad de esta frase no hace falta que sea subrayada. En última instancia es absolutamente prescindible que se titule a la calificación anterior como un error y mucho más que este error sea manifiesto.

⁶² Ver *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 14.3.b.). También, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (art. 8.2.c).

La razón por la cual en el procedimiento “abreviado” la defensa puede disponer de 9 días más que en el proceso normal no es visible.

Como hemos afirmado, la garantía del derecho de defensa no se agota con la posibilidad de argumentar contra la tesis ampliada o modificada del Ministerio Público Fiscal o del Tribunal, sino también se requiere el resguardo de las chances de redefinir la estrategia probatoria frente a la nueva imputación. Hay un derecho a la re-configuración probatoria.

20. ¿El funcionamiento de la prohibición sólo a favor del imputado?

Ahora bien, queda por explorar la legitimidad de la ambivalencia de la regla entre fiscalía y acusado. Quizá, si el punto de equilibrio entre la vigencia del *iura novit curia* y el principio de congruencia hay que buscarlo en las consecuencias que son extraídas de la garantía del derecho de defensa en juicio, entonces, por el propio imperio del origen genético de la línea argumental, la regla de advertencia no debiera funcionar de un modo equidistante entre las tesis del acusado y del Fiscal.

Quien no debe ser nunca sorprendido es el Acusado. El fiscal ha contado con todo el apoyo estatal para definir el hecho imputado del modo más cercano a la verdad material y bajo la más perfecta subsunción en la norma jurídico penal. Es difícil no imaginar que si debe haber un cambio de calificación en el la misma audiencia del juicio oral, hay algo de responsabilidad institucional del Ministerio Público Fiscal.

21. Conclusión

Llegados hasta aquí, no cabe duda que si de lo que se trata es de evitar al acusado sorpresas que dificulten su defensa en el juicio oral, entonces, es bien poco el espacio que las normas procesales deben reconocerle al *iura novit curia*.

El derecho que tienen los jueces de calificar normativamente como estimen adecuado sólo puede surgir cuando, en particular, el acusado ha sido invitado a recorrer todo el camino estratégico, probatorio y argumental, que exige la negación de un hecho desde la indispensable lectura normativa. Ello permitiría incluso resolver el problema del temor de parcialidad que genera un Tribunal que plantea, aunque sea como hipótesis, pero ya en la audiencia de Juicio, una calificación distinta sobre los hechos. Que ello no es una buena noticia para el defensor técnico debe ser considerado como innegable.

Si se le permite al imputado contrarrestar en todas las instancias el nuevo escenario normativo hay más chances de un proceso limpio y en el cual se respete la idea de igualdad de armas. Solo de ese modo, entonces, la garantía propia del derecho de defensa en Juicio habrá influido en forma visible en el sistema de enjuiciamiento⁶³.

⁶³ En la ciencia penal de habla hispana la postura más correcta, a mi juicio, la ha expresado Cafferata Nores. En particular se pregunta, “y ¿cuán *previa* debe ser la intimación respecto de la declaración?: entre ambas deberá también transcurrir el ‘tiempo’ adecuado (art. 8.1.c, CADH) para la preparación de la defensa, aspecto no desarrollado especialmente entre nosotros” (José I. Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, Buenos Aires: Editores Del Puerto/CELS, 2000, p. 112 y s.).

Reflexiones sobre la protección judicial frente a medidas restrictivas de derechos fundamentales durante la investigación penal en Colombia

John E. Zuluaga Taborda *

Resumen: La función de Control de Garantías en el sistema procesal penal colombiano como guardián de los derechos del imputado es desplazada, cada vez más, por esquemas normativos y prácticos que bajo un aparente manto garantista relajan el papel protector de los derechos fundamentales que debe representar la jurisdicción. El rol de guardián de las garantías básicas del investigado se ve disminuido asimismo, por un lado, debido a factores relativos a los presupuestos y a la metodología misma de control sobre los actos de investigación por parte de la FGN y la Policía Judicial y, por otro lado, a causa de la orientación preventiva y de carácter policial, en especial de la etapa de indagación preliminar – previa a la apertura formal de investigación –, a partir de la cual el monopolio penal y judicial del uso de la fuerza se ve desplazado a las fuerzas de Policía.

Palabras claves: Juez de control de garantías, afectación a derechos fundamentales, reformas procesales penales, control judicial de actos de investigación penal

Abstract: The control function of guarantees of the accused that judges, as guardians of the rights of the suspect in the Colombian criminal justice system, have, is increasingly displaced for normative and practical schemes. These decrease the protective role of the fundamental rights that should represent the jurisdiction. This function is also diminished, firstly, due to factors relating to the foundation and methodology of controlling investigatory acts by prosecutors and the judicial police and, secondly, because of the preventive orientation control, especially in the preliminary investigation stage. For these reasons, the criminal and judicial monopoly of the use of force is displaced to police forces.

Keywords: judge of Control of Guarantees, intervention to fundamental rights, criminal procedure reforms, judicial review of acts of criminal investigation

1. Introducción

El control judicial a través del cual se asegura la legalidad de las prácticas y de las injerencias estatales en los derechos fundamentales durante la investigación penal, se prevé en las Constituciones latinoamericanas¹ como un mecanismo destinado a asegurar su compatibilidad

* Abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia), LL.M. y Doctorando de la Georg-August-Universität Göttingen, Becario del DAAD e integrante del Grupo Latinoamericano de Investigación Penal de Göttingen (GLIPGö). Email: john.zuluaga@gmx.de; Agradezco a los Profesores Armando Luis Calle Calderón y John Jaime Posada Orrego (Universidad de Antioquia) por haber compartido conmigo sus ideas sobre el tema y por su permanente acompañamiento en las reflexiones sobre la figura del Juez de control de garantías en Colombia. Asimismo agradezco a los colegas David E. Valencia y Sebastián Pérez (Universidad de Antioquia) por sus comentarios y constructivas críticas.

¹ Véase Kai Ambos, *Proceso penal: perspectiva internacional, comparada y latinoamericana*, México: Ubijus, 2009, p. 249; Kai Ambos/Jan Woischnik, “Las reformas procesales penales en América Latina”, en J. Maier/ K. Ambos/ J.

con los límites axiológicos del proceso penal fijados en el ámbito constitucional². La *protección judicial de los derechos fundamentales* funciona como el recurso primario de salvaguarda, especialmente de derechos tan susceptibles de intervención durante la investigación penal como la libertad personal y aquellos vinculados al ámbito de las comunicaciones privadas, la correspondencia y el domicilio. Así sucede también en Colombia, donde la legalidad de toda afectación a los derechos fundamentales del investigado por parte de la Fiscalía General de la Nación (en adelante FGN) u otros órganos de investigación, debe ser decidida en sede jurisdiccional, por vía de control previo o de control posterior.

Solo un funcionario judicial puede autorizarla o convalidarla en el marco de las pautas constitucionales y legales (*reserva judicial*). Con la sujeción de las actuaciones propias de la FGN y de la Policía Judicial en la fase de investigación a la supervisión judicial, se intenta guardar el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales. El funcionario judicial encargado de velar por el respeto de las garantías básicas de las personas sujetas a la investigación penal es el Juez de Control de Garantías (en adelante JCG), competente según la Constitución y la ley para promover la realización de justicia material, especialmente en el aseguramiento del respeto a los derechos fundamentales³.

Fue con el *Acto Legislativo 03 de 2002, reformativo de la Constitución política* (en adelante CN), cuando apareció por primera vez en el derecho colombiano la figura del JCG, asignándole competencia a los citados funcionarios en materia de supervisión judicial a las intervenciones en derechos fundamentales durante la fase de investigación penal⁴. En su función de control a las actividades de investigación, al JCG le corresponde no solo el ejercicio de (i) un control

Woischnik (Coord.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 849; también, **Julio B.J. Maier**, *Derecho procesal Penal 2ª Ed. Tomo I. Fundamentos*, Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2004, pp. 679 ss.

² Acerca del desajuste de los ejercicios de investigación penal en Colombia frente al paradigma constitucional del debido proceso, véase **John E. Zuluaga Taborda**, "Comentarios a la Función de Control de Garantías. A Propósito de la ley 906 de 2004 o 'sistema procesal penal acusatorio'", *Co-Herencia* Vol. 4-N. 6, Revista de Humanidades – Universidad EAFIT, Medellín: Ene-Jun 2007, pp. 133-165.

³ Ésta ha sido una reiterada posición de la Corte Constitucional. Al respecto, véase Corte Constitucional, Sentencias C-025 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Consideraciones; C-185 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Consideraciones; C-186 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Consideraciones; C-740 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería, Consideraciones; A-089 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Consideraciones; C-336 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Consideraciones; C-396 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Consideraciones; C-789 de 2006, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Consideraciones; C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Consideraciones; C-822 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Consideraciones; C-1260 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Consideraciones; C-1092 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, Consideraciones.

⁴ Véase, entre otros, **Alejandro David Aponte Cardona**, *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal*, 2ª. ed., Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p. 23; **Oscar Julián Guerrero Peralta**, *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*, Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p. 30; el mismo, "El juez de control de garantías", en *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal Colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2004, p. 188; **Consejo Superior de la Judicatura**, *El rol de los jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*, Bogotá: USAID-CSJ, 2005, p. 21; **José Joaquín Urbano Martínez**, *Nueva estructura probatoria del proceso penal*, Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2011, p. 135 ss.; **Jaime Bernal Cuellar/Eduardo Montealegre Lynett**, *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, 5. ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 160; **Julián Rivera Loaiza**, "El Juez de Garantías ¿La dimensión más transparente de la justicia?", en: *Revista de Derecho Penal*, Bogotá: Leyer, N. 40, pp. 121-160.

previo sobre las medidas restrictivas de la libertad individual, medidas de inspección corporal, registro personal y obtención de muestras que involucren al imputado (arts. 246 a 250 Código de procedimiento penal – en adelante CPP –), sino (ii) un control posterior sobre medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones (arts. 213 a 245 CPP). La actividad del JCG se concentra *en el examen de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional por implicar la restricción de derechos*⁵. Sin embargo, la competencia reservada a dicho juez para autorizar las afectaciones por parte de los órganos de investigación padece de un déficit estructural. Los motivos del mismo y de la resultante falta de eficiencia como instancia de protección judicial son diversos.

En efecto, la estructura del proceso penal derivada del Acto Legislativo 03 de 2002 y sus continuas reformas ha delimitado un escenario de tendencia inquisitiva en materia de libertad personal, no sólo por el carácter cada vez más abierto y discutible de las cláusulas sobre los motivos que legitimarían la limitación de la libertad, sino también por la ampliación delirante de los supuestos delictivos susceptibles de medida cautelar restrictiva de la libertad. Esta manifestación inquisitiva de forma simbólica arroja sobre el JCG una cultura muy punitivista, para hacerlo complaciente con un espíritu poco democrático y, en esa medida, incoherente con la idea fundamental que inspira la figura del JCG o “de las libertades” al servicio de los derechos de los procesados y de la indemnidad de los mismos de cara a cualquier arbitrariedad. Además, algunas prácticas viciosas por parte de la FGN y la Policía Judicial conllevan a que ellas se subroguen en las competencias reservadas al JCG, con lo cual tal combinación de restricciones normativas y fácticas determinan un limitado control a las actividades de investigación y una deficiente protección de las garantías fundamentales de los investigados.

2. El reacomodamiento de las competencias de afectación a derechos fundamentales

La extensión de las facultades de intervención de la FGN y de la Policía Judicial representa, sin duda, un vaciamiento de las garantías como límite a la actividad estatal de investigación penal y, en consecuencia, una forma de reducción de las facultades del JCG para pronunciarse a favor de un ejercicio limitado de la acción estatal encaminada a la búsqueda de la verdad, acopio del material probatorio y verificación de sospechas. Ello es posible en tanto la FGN está autorizada para imponer directamente, en forma excepcional, una específica medida restrictiva de la libertad cuyo fin es asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, además de que tiene competencias constitucionales (art. 250 CN numeral 2) y legales (art. 114 numeral 3 ss. y art. 213 ss. CPP) para ordenar allanamientos, registros, incautaciones, interceptación de comunicaciones telefónicas, retención de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes, vigilancia de cosas, análisis e infiltración de organizaciones criminales, actuación de agentes encubiertos, entrega vigilada, búsqueda selectiva en base de datos y

⁵ Según enseña **Carlos Santiago Nino**: “El ideal de una democracia liberal es que *entre el individuo y la coacción estatal se interponga siempre un juez*” (*Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005, p. 446).

exámenes de ADN que involucren al indiciado o imputado, es decir, posee sendas potestades de naturaleza jurisdiccional⁶.

Quizá todo derive de una especie de superstición que alimentó las discusiones al interior de la Asamblea Nacional Constituyente – la cual expidió la Constitución Política de 1991 –, como de un cierto amancebamiento con el fraude de etiquetas, pues frente a la exigencia de un juez de libertades y para la protección de los derechos fundamentales se entendió que cualquier cosa que ello significara podía ser satisfecho con la inclusión de la FGN, es decir, del órgano persecutor de los delitos, en el Título de la Rama Judicial, versión a la luz de la cual se explicaría que constitucionalmente se le haya otorgado a dicho ente la facultad de administrar justicia (cfr. arts. 116 y 249 CN).

2.1. En el CPP (Ley 906 de 2004)

Un rasgo significativo del reacomodamiento de la protección de los derechos fundamentales ejercida por el JCG, se evidencia a través de la considerable ampliación de las posibilidades de restricción de garantías y de derechos procesales de los imputados. Un referente es el de la definición de la *privación de la libertad* en el CPP, en el que, como nunca antes en la legislación procesal penal colombiana, se consagra el mayor número de casos o hipótesis en virtud de los cuales se puede hacer efectiva una medida de aseguramiento restrictiva de la libertad⁷. La expansión de la aplicación de esta medida frente a los imputados fue posible, porque, además de lo dispuesto en el Art. 313 CPP – según el cual la medida de aseguramiento de detención preventiva procede frente a los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro años – se reformó el Código penal (en adelante CP)⁸ para aumentar las penas a todos los delitos, en sus mínimos y en sus máximos, con la consecuencia de que un mayor número de conductas punibles pasaron a ser susceptibles de detención preventiva en establecimiento carcelario. De tal manera que con la ampliación del requisito objetivo, atinente al mínimo de pena respecto del marco punitivo correspondiente, se extendió la posibilidad de detención intramural, si se sabe que entre las condiciones a partir de las cuales se puede imponer medida de aseguramiento está justamente la naturaleza del

⁶ Sobre las competencias de la FGN véase, entre otros, **Ricardo Molina López**, *La conformidad en el proceso penal. Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana*, Bogotá: Ibáñez, 2012, pp. 127 ss.; **José Fernando Mestre Ordoñez**, *La discrecionalidad para acusar*, Bogotá: Ibáñez, 2011, pp. 59 ss.; **Fabio Espitia Garzón**, *Instituciones de derecho procesal penal: sistema acusatorio*, 7ª. ed., Bogotá: Legis, 2010, pp. 145 ss.; **Oscar Julián Guerrero Peralta**, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, 2ª. ed., Bogotá: Ediciones nueva jurídica, 2007, pp. 97 ss.; **Bernal Cuellar/ Montealegre Lynett** (*supra* nota 4) pp. 313 ss.; **Fiscalía General de la Nación**, *Manual de procedimientos de fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano*, Bogotá: FGN, 2005, pp. 31 ss.; **Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha**, *La reforma constitucional a la Fiscalía General de la Nación*, Santiago de Cali: Editorial USC, 2004, pp. 40 ss.

⁷ Sobre ello, con una referencia puntual al texto original de la Ley 906 de 2004, cfr. **Luis Gonzaga Vélez Osorio**, *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*, Medellín: Universidad de Antioquia, 2012, pp. 59 ss.; también **Wilson Alejandro Martínez Sánchez**, “Consecuencias de la aplicación de la ley 1142 en el régimen de privación preventiva de la libertad en Colombia”, en: *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*, enero-marzo 2010, N° 30, Bogotá: Legis, pp. 69-117.

⁸ Véase la Ley 890 de 2004, Artículo 14. “Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2o. de la presente ley. (...)”

delito (art. 313 CPP), amén de las demás, es decir: el vínculo de la persona con el delito en términos de inferencia lógica de responsabilidad como autor y partícipe, el requisito teleológico consistente en el peligro para la comunidad o la víctima, la obstrucción a la administración de justicia y la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado al proceso (arts. 308, 309-312 CPP).

2.2. La Ley de convivencia y seguridad ciudadana

Por medio de la *Ley 1142 de 2007*⁹ se reformó el CPP y se adoptaron medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana, para agravar en varios sentidos la situación del imputado durante la etapa de la investigación penal. Así, por ejemplo, en adición a lo dispuesto en el CPP en relación con los criterios que sirven de base al JCG para determinar los casos en los cuales se entiende que hay *peligro para la comunidad*, como requisito para decretar la medida de aseguramiento, se dispuso que es suficiente “la gravedad y modalidad de la conducta punible” (art. 310 CPP), por lo que la mayor relevancia a la hora de adoptar tan importante decisión radica en la naturaleza del delito (monto mínimo de pena) como criterio para establecer el peligro para la comunidad¹⁰. De esta manera, se genera una delicada confusión en materia de los postulados que inspiran el instituto de la competencia procesal entre el factor objetivo y el factor teleológico, es decir, en relación con los propósitos en virtud de los cuales se dicta una medida de aseguramiento, con lo que se cae en una peligrosa reducción del raciocinio sobre los fines de la detención preventiva.

Igual modificación se realizó en relación con los criterios señalados por la ley en materia de la *no comparecencia del imputado* (art. 312 CPP). En este caso, hubo de intervenir la Corte Constitucional¹¹ para declarar la exequibilidad de tales modificaciones, a condición de que además de la gravedad y la modalidad de la conducta punible, el juez valore, en estrictos términos de proporcionalidad, si se cumplen o no *los fines constitucionales de la detención preventiva*¹².

Sin embargo, la reforma más sensible en función del significado material del derecho fundamental del debido proceso y de los principios derivados del mismo, especialmente el respeto de la libertad, se produjo con la reintroducción de la *facultad excepcional de ordenar la captura* por la FGN, mediante una redacción que no difiere en sustancia del texto original

⁹ Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2007/ley_1142_2007.html (último acceso: 30.04.2013).

¹⁰ Sobre las circunstancias para decretar la medida de aseguramiento, véase entre otros **Alejandro Aponte Cardona**, *Captura y medidas de aseguramiento: el régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia*, Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006, pp. 101 ss.; **Francisco Bernate Ochoa**, “Las medidas de aseguramiento en el nuevo código de procedimiento penal”, en: AA.VV., *Sistema penal acusatorio*, Bogotá: Dike-Universidad del Rosario, 2005, pp. 128 ss.; **Elda Patricia Correa Garcés**, “Captura y Detención”, en: John Jaime Posada Orrego/Juan Guillermo Jaramillo Díaz (comps.), *Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial*, Medellín: Librería jurídica Sánchez, 2008, pp. 269 ss.

¹¹ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-1198/2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, 04.12.2008, Consideraciones.

¹² Un amplio análisis de la jurisprudencia en esta materia, en **Hernando Londoño Berrio**, “La detención preventiva en las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia (Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001)”, en: *Nuevo Foro Penal* No. 65, Medellín: Mayo-Agosto 2003, EAFIT, pp. 191-270.

del art. 300 del CPP que, en su momento, fuera declarado inconstitucional¹³. La nueva norma, que de forma paradójica ahora la Corte Constitucional encuentra ajustada a la Constitución¹⁴, le da competencia a la FGN para “proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda la detención preventiva, cuando no se encuentre un juez que pueda ordenarla”¹⁵.

Junto a ello, se *ampliaron las causales de detención preventiva*, para indicar que la misma tiene lugar cuando la persona ya hubiera sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del año anterior contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o la absolución en el caso precedente (art. 313 CPP). Así mismo, se *prohibió la sustitución de la medida de aseguramiento* de detención preventiva carcelaria por la de detención preventiva domiciliaria, cuando la imputación se refiera a un amplio número de delitos allí consagrados¹⁶ y, como si lo anterior no fuera poco, se introdujo en el artículo 315 del CPP la posibilidad de que la medida de aseguramiento no privativa de la libertad proceda cuando la pena imponible sea inferior a cuatro años¹⁷, con lo cual se confirma la decidida inclinación político criminal a favor de la restricción de la libertad durante el transcurso del proceso penal¹⁸.

¹³ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-1001/2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis, 03.10.2005, Consideraciones.

¹⁴ Véase las nuevas consideraciones de conformidad constitucional en Corte Constitucional, Sentencia C-185 del 27.02.2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, Consideraciones; Sentencia C-226 del 05.03.2008, MP. Humberto Antonio Sierra Porto, Consideraciones.

¹⁵ Sobre los aspectos críticos de dichas facultades de la FGN en el funcionamiento del sistema de tendencia acusatoria, véase **Armando Luis Calle Calderón**, “Acerca de la reforma procesal penal. Una primera aproximación”, en: *Nuevo Foro Penal* 67, Medellín: Ene-Jun 2005, EAFIT, p. 166 ss.; **Aponte Cardona** (*supra* nota 10), pp. 53 ss. Sobre la reincorporación de la captura excepcional y los cambios procesales introducidos por la Ley 1142 véase también **Saúl de Jesús Uribe García**, “¿Se encuentra vigente la detención preventiva administrativa? (captura administrativa)”, en: *Ratio Juris* Vol. 6. No. 12 (2011), Medellín: Revista de la Universidad Autónoma Latinoamericana, pp. 87–117; **Wilson Alejandro Martínez Sánchez**, “Consecuencias de la aplicación de la ley 1142 en el régimen de privación preventiva de la libertad en Colombia”, en: *Derecho Penal Contemporáneo* 30 (Ene-mar 2010) Bogotá: Legis, pp. 69-117; **Carlos Alberto Suarez López**, “Sobre la naturaleza y la legitimidad de la detención preventiva: ¿una simple medida procesal-cautelar o una auténtica pena de prisión sin juicio? A propósito de la Ley 1142 de 2007”, en: Ricardo Posada Maya (Coord.), *Temas De Derecho Penal*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2008, pp. 331-370; **Marco Gerardo Monroy Cabra**, “Análisis de la ley 1142 de 2007”, en: *Facetas Penales* 70, Jul., 2008, Bogotá: Leyer, pp. 29-52.

¹⁶ El parágrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, reformativo del artículo 314 de la ley 906 de 2004, señala los casos en que no procede la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por la detención domiciliaria.

¹⁷ Ante la evidente contradicción entre los artículos 313 y 315 CPP, la Sala De Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia proferida en el radicado 24.152 del 20 de octubre de 2005, MP Jorge Luis Quintero Milanés, dispuso que con apego al *favor libertatis* la regla que aplicaba era la del artículo 315, esto es, que si el mínimo era de cuatro años o menos no había lugar a la detención preventiva. No obstante, el artículo 28 de la Ley 1142 reintrodujo el texto original del artículo 313 para hacer procedente la detención preventiva siempre que el mínimo de la pena fuera de cuatro años.

¹⁸ Sobre la imposición de esta línea político-criminal “dura” o, en otros términos, los grados en que se ha impuesto el “eficientismo” sobre el “garantismo” en Colombia véase el clásico trabajo de **Iván Orozco Abad / Juan Gabriel Gómez Albarello**, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá, Temis, 1999, pp. 31 ss., 161 ss.. Sobre la irracionalidad de la orientación político criminal de las reformas penales en Colombia véase **Juan Oberto Sotomayor Acosta**, “Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”, en: *Nuevo Foro Penal* 71, Medellín: Ene-Jun 2007, EAFIT, pp. 30 ss. con más referencias.

2.3. La Ley de seguridad ciudadana

Por medio de la *Ley 1453 de 2011*¹⁹ se reformaron el CP, el CPP, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictaron otras disposiciones en materia de seguridad; asimismo, bajo el argumento de la protección a las víctimas, se introdujeron mecanismos para adelantar la “lucha contra el crimen”. Estos dispositivos se sintetizan básicamente en asuntos relativos al proceso penal, como los siguientes:

Se dispuso *la extensión de los plazos para efectos de la concesión de la libertad*. De esta manera, el término de sesenta días de vigencia máxima de la medida de aseguramiento se convierte en 90 días (art. 317 numeral 4 CPP), contados desde la formulación de la imputación hasta la presentación del escrito de acusación o la solicitud de preclusión, en los eventos de concursos de delitos o cuando sean tres o más los imputados. Incluso, ese lapso puede llegar hasta los 120 días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, cuando no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento (art. 317 CPP)²⁰. De esta manera, el principio de libertad es fuertemente restringido y no procede la revocatoria de la medida de aseguramiento, según el mismo art. 317, cuando la audiencia del juicio oral no se haya podido iniciar a causa de “maniobras dilatorias” del imputado o acusado, o de su defensor, ni cuando la audiencia no se hubiere podido realizar por causa razonable.

A tan indeterminada razón para afectar la libertad se suma, por un lado, el *aumento del término de vigencia de la orden de captura*, que de tener un plazo inicial de seis meses cumplidos los cuales la Fiscalía podía prorrogar la misma por otros seis meses, ha pasado a tener un plazo máximo de un año prorrogable por otro año más (art. 298 CPP)²¹. Por otro lado, se encuentra la *concesión a la víctima o a su apoderado de la facultad de solicitar directamente la medida de aseguramiento*, cuando el fiscal no la haya solicitado (art. 306 CPP)²². A la gama de medidas que buscan deprimir las posibilidades de la libertad del investigado, también se adhiere la consideración de los *antecedentes como criterio válido* para agravar la situación del procesado (art. 3º que introdujo el art. 38 A en la Ley 599 de 2000 –

¹⁹ Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/lev_1453_2011.html (último acceso: 30.04.2013).

²⁰ En principio, el artículo trata apenas de “la duración de los procedimientos”, para el caso, del tiempo en que la FGN debe llevar a cabo una determinada actuación, con lo que en cuestión de libertad la norma de referencia no puede sino ser el art. 317. Sin embargo, parecería que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia condicionara los términos del 317 a lo que dice el 175, con seguridad para superar lo que parecería un descuido del legislador, en tanto en el cuerpo del 317 los términos para la procedencia de la libertad son menor que aquellos que para la duración de los procedimientos están en el 175, cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia 33.877 del 18 de noviembre de 2011, MP Sigifredo Espinosa Pérez, Consideraciones.

²¹ Esto viene acompañado de un aumento de las penas a alrededor de 20 delitos con el explícito propósito de permitir que frente a tipos especiales que por razón del factor objetivo no era procedente la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria, cumplan ahora el requisito de tener un mínimo de pena exactamente igual a cuatro años.

²² Sobre las facultades procesales de la víctima en el proceso penal colombiano véase **Julio Andrés Sampedro Arrubla**, *Las víctimas y el sistema penal: aproximación al proceso penal desde la victimología*, Bogotá: Colombia, Ibáñez, 2010, p. 54 ss.; **Vicente Emilio Gaviria Londoño**, “Estado actual de los derechos de las víctimas en el proceso penal: evolución (¿involución?) dogmática, jurisprudencial y legislativa”, en: *Derecho penal y criminología* 88, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Jul. /Dic. 2009, p. 17 ss.; **Antonio Luis González Navarro**, *La víctima en el sistema penal*, Bogotá: Leyer, 2007, p. 407 ss.; **Saúl Uribe García**, “La víctima y sus derechos en el sistema acusatorio”, en: John Jaime Posada Orrego/Juan Guillermo Jaramillo Díaz (Comps.) (*supra* nota 10) p. 364 ss.

Código Penal –). Se evidencia, de esta manera, la obsesión del legislador por criminalizar hasta las más insospechadas conductas a través del proceso penal²³, algo que no se compadece con el ejercicio de la potestad punitiva del Estado ni, por supuesto, con los límites señalados por la Carta Fundamental y por la Ley. Para ello, pues, se acude a la exclusión de beneficios y subrogados penales, a la prohibición de beneficios por la aceptación de cargos, o al acuerdo entre la defensa y la FGN (art. 68 A CP)²⁴, a la prohibición de la libertad provisional, y por supuesto, a la ampliación de los casos de detención preventiva consistentes en reclusión carcelaria (art. 313 CPP)²⁵.

2.4. Estatuto anticorrupción

Muchas de las mencionadas medidas fueron retomadas por la *Ley 1474 de 2011*²⁶, destinada a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. En ella se reiteran algunas medidas ya introducidas en anteriores reformas, esta vez enfocadas a la lucha contra la corrupción en la administración pública. Así, por ejemplo: 1) la prohibición de subrogados y beneficios penales en procesos por delitos contra la administración (art. 68 A CP); 2) la creación de nuevas normas penales dirigidas a castigar la corrupción privada y pública (art. 250 A CP); 3) el aumento de los términos de la prescripción de la acción penal (art. 83 CP); 4) el aumento de los términos para la obtención de la libertad provisional en investigaciones relacionadas con la corrupción (art. 317 CPP); y, en fin, 5) la eliminación del principio constitucional de la proporcionalidad a la hora de valorar la imposición de medidas cautelares personales, al prohibir la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a delitos sin relación alguna con el objeto de la norma, esto es, la lucha contra la corrupción (art. 314 CPP)²⁷.

2.5. Decreto 1704 de 2012

Esta normativa complementa la regulación sobre la interceptación de comunicaciones²⁸, según la cual se dispone que “la interceptación de las comunicaciones, cualquiera que sea su origen

²³ Así, **Sotomayor Acosta** (*supra* nota 18) pp. 41 ss.; **Calle Calderón** (*supra* nota 15) p. 158.

²⁴ Sobre las consecuencias de dicha reforma en las iniciativas de terminación anticipada del proceso véase **Corporación Excelencia en la Justicia**, *Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio. Boletín de actualización 2010-2011*, Bogotá: CEJ, 2012, pp. 9, 53.

²⁵ Un precedente importante de esta tendencia de *criminalización a través de las reformas procesales* se encuentra en la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), según la cual tratándose de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, no proceden las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la *Ley 906 de 2004*; tampoco proceden otros beneficios o subrogados judiciales o administrativos.

²⁶ Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011.html (último acceso: 30.04.2013).

²⁷ Al tenor del artículo 35, modificatorio del artículo 175 CP (vid. Parágrafo), se amplían los términos procesales, lo que justificaría la prolongación en el tiempo de la procedencia de la libertad por vencimiento de términos.

²⁸ Véase: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2012/Documents/Agosto/15/DECRETO%201704%20DEL%2015%20DE%20AGOSTO%20DE%202012.pdf> (último acceso: 30.04.2013).

o tecnología, es un mecanismo de seguridad pública que busca optimizar la labor de investigación de los delitos que adelantan las autoridades y organismos competentes, en el marco de la Constitución y la Ley” (art. 1). También, se dispone que los proveedores de redes y de servicios de telecomunicaciones están obligados a entregar las bases de datos de sus suscriptores a la Fiscalía o a las autoridades competentes (art. 4). Además, establece que estos proveedores deben entregar la información específica contenida en sus bases de datos, tal como sectores, coordenadas geográficas y potencia, entre otras, que contribuya a determinar la ubicación geográfica de los equipos terminales o dispositivos que intervienen en la comunicación (art. 5). Es más, se dispone que cualquier autoridad no judicial puede precisar “quién es quién, dónde vive, qué tipo de conexión tiene”²⁹, lo que es inconstitucional pues en Colombia los aspectos relacionados con la regulación de las intervenciones a los derechos fundamentales – como por ejemplo la interceptación de comunicaciones³⁰ –, son competencia del Congreso, no del Ejecutivo como pretende hacerlo el Gobierno Nacional al expedir el decreto aludido (art. 15 CN).

2.6. El tribunal de garantías en la justicia penal militar

El Acto Legislativo 02 de 2012³¹, reformativo del art. 116 de la CN, ordenó la creación de un *Tribunal de Garantías Penales* que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal. Entre otras funciones, a dicho tribunal se le encomendó: 1) De manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública; 2) De manera preferente, controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral; y 3) De manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar. El Tribunal de Garantías, según el aludido Acto Legislativo, estará integrado por ocho (8) Magistrados, cuatro (4) de los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro (Art. 116 inc. Final).

La reglamentación del tribunal de garantías penales se ha proyectado en una propuesta de Ley estatutaria³². En el artículo 88 de dicha propuesta se establece que este Tribunal “tendrá poder preferente para ejercer el control de garantías en los procesos penales que se adelanten en cualquier jurisdicción contra los miembros de la Fuerza Pública. En ejercicio de este poder preferente, el Tribunal podrá asumir la función de control de garantías en cualquier momento de la actuación”. La forma como se presenta la idea del “*poder preferente*” para el ejercicio del control de garantías plantea importantes cuestionamientos, no solo en materia de autonomía,

²⁹ Así, **Ramiro Bejarano Guzmán**, “Señales totalitarias”, en: *Semana.com*, 10.11.2012 (disponible en <http://www.elespectador.com/columna-386373-senales-totalitarias>; último acceso: 30.04.2013).

³⁰ Sobre los actos de investigación relacionados con las bases de datos y los controles precedentes, véase Corte Constitucional, Sentencias C-336 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Consideraciones y C-334 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, Consideraciones.

³¹ El Acto legislativo puede consultarse en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/actos-legislativos/Documents/2012/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2002%20DEL%2027%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202012.pdf> (último acceso: 30.04.2013).

³² El proyecto de Ley estatutaria puede consultarse en http://www.senado.gov.co/images/stories/pdfs/2013/ARTICULADO_P.L._ESTATUTARIA.pdf (último acceso: 30.04.2013).

imparcialidad e independencia del tribunal, sino, también, por los conflictos de competencia que el mismo proyecto de ley considera e intenta regular. Además, con la introducción de potestades sobre la justicia penal militar y sobre la justicia ordinaria se relativiza el significado de la figura del control de garantías como un escenario de preservación de ámbitos individuales protegidos por la Constitución Política, en tanto se incorpora a la idea de control de garantías objetivos extra-sistemáticos (en el ámbito militar) que tienden a relajar su carácter de límite frente a la manipulación estatal en las conducciones de investigaciones penales.

3. ¿Efectiva protección judicial de derechos fundamentales?

La efectividad de la protección judicial de derechos fundamentales en la etapa de la investigación penal se ve reducida, además, por los siguientes factores. Por un lado, aquellos relativos a los presupuestos y a la metodología misma de control sobre los actos de investigación por parte de la FGN y la Policía Judicial. Por otro lado, debido a la orientación preventiva y de carácter policial, en especial de la etapa de indagación preliminar – previa a la apertura formal de investigación –, a partir de la cual el monopolio penal y judicial del uso de la fuerza se ve desplazado a las fuerzas de Policía. Con ello, el control por parte del JCG a la instrucción penal y la posibilidad de ejercer una efectiva protección judicial de los derechos fundamentales se ve sometida a un déficit estructural y, por ende, muy menoscabada.

3.1. La insuficiencia evaluativa de los actos de investigación

Varios factores determinan que los presupuestos y la metodología de control de los actos de investigación o de las intervenciones en materia de garantías fundamentales de los investigados sean deficientes. Por un lado, se encuentra la *indeterminabilidad de las condiciones materiales de intervención*, es decir, de los motivos fundados a partir de los cuales se pueda concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al investigado³³. A ello se suma, muchas veces, la ausencia de fundamentos para autorizar una medida o convalidarla, debido a *información unilateral y a un respaldo selectivo, incompleto, táctico y filtrado de los motivos fundados*, así como a la imposibilidad de participación real de los inculpadados o sus defensores en esas instancias procesales. Además, los jueces que actúan en funciones de control de garantías *no disponen del suficiente tiempo o conocimiento* para evaluar, de forma rigurosa, las solicitudes de autorización, razón por la cual en muchos casos el JCG acepta, palabra por palabra, la fundamentación de la FGN³⁴.

³³ Sobre los motivos fundados como soporte de la restricción de derechos fundamentales en Colombia véase **Mauricio Pava Lugo**, *La defensa en el sistema acusatorio*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009, pp. 26-42 ss.; **Guerrero Peralta** (*supra* nota 6), pp. 246 ss., 342 ss.

³⁴ Véase **Corporación Excelencia en la Justicia**, *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del sistema acusatorio en Colombia*, Bogotá: CEJ, 2010, pp. 115 ss.

Por otro lado, la *incertidumbre cognoscitiva del debate probatorio ante el JCG*³⁵ se agrava por la inmensa variedad de *problemas logísticos de las instituciones involucradas en la investigación*, la falta de formación de los organismos judiciales para afrontar la amplia gama de controversias jurídicas que se exponen ante el JCG, la falta de preparación jurídico-argumentativa de los intervinientes, el desborde en la función de control de garantías cuando se encauzan las intervenciones de los sujetos en la audiencia, el inoportuno e incompleto descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía a los sujetos imputados, el temor a discutir en buenas claves dogmático-penales sobre la responsabilidad en audiencias preliminares, es decir, la resignación de la Dogmática Penal a cambio del pragmatismo y la conversión en regla de la detención privativa de la libertad³⁶.

Un asunto especialmente delicado en la función de control de garantías, es el de la metodología del *control posterior*³⁷. La protección realizada no es condición de seguridad jurídica ni indemnidad personal, en cambio sí es condición de sacrificio a principios como los de necesidad, proporcionalidad y racionalidad en el control, a partir de valoraciones cognoscitivamente inciertas y legitimadas por cualquier subversión a la “normalidad”. En efecto, la relajación garantista que se deriva del control posterior y el sacrificio que ello supone de las máximas que aseguran una metodología falsacionista de tendencia acusatoria³⁸, lleva a concluir que la formación de la convicción judicial, sobre lo que se decide en torno al objeto de las distintas audiencias, depende de un grado de probabilidad fundado en unas reglas de actuación cuyo estatus lógico-cognoscitivo es generalmente incierto y *contaminado por el contexto cultural policial* (discrecional y peligrosista), cuya fuerza inductiva en muchas ocasiones no es suficientemente refutable y verificable, ora por la exigencia de secreto, ora por la inadecuada forma en la que se ejerce el derecho de contradicción, etc. Esta metodología de control representa una técnica de vaciamiento de las garantías fundamentales que se refuerza, incluso, por la indeterminabilidad de las denotaciones fácticas y jurídicas que sostienen la prognosis del juez (generalizaciones y prejuicios como terrorista, peligroso, drogadicto, ratero, etc.) como criterio para el control a las actuaciones preliminares. La racionalidad pragmático-teleológica construida en el seno de la estricta proporcionalidad sobre argumentos de inclinación preventivo-social, alimenta una relajación de los principios básicos propios de un control racional a las intervenciones sobre derechos fundamentales, tan generosamente susceptibles de intervención en el cuerpo de las instrucciones penales.

³⁵ En ese sentido también y con referencia a la audiencia de formulación de imputación véase **Jaime Granados Peña**, “Breves reflexiones sobre la afectación de las garantías fundamentales en la formulación de imputación”, en: *Derecho penal contemporáneo* 41 (Oct.-Dic. 2012), Bogotá: Legis, pp. 82 ss.; **María Isabel Arango H.**, “A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación”, en: *Nuevo Foro Penal* 75 (2010), Medellín: EAFIT, pp. 231-242.

³⁶ Véase **Zuluaga Taborda** (*supra* nota 2), p. 140; **Corporación Excelencia en la Justicia** (*supra* nota 34), pp. 115 ss., 255 ss.; Sobre todos los puntos enunciados, véase el acta del Foro “Evaluación preliminar del sistema Procesal Penal Acusatorio en Medellín 2006-2007”, llevado a cabo el 21 de abril de 2006, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad de Antioquia.

³⁷ Véase **Calle Calderón** (*supra* nota 15) p. 167; **Rivera Loaiza** (*supra* nota 4) p. 47; **Zuluaga Taborda** (*supra* nota 2) p. 140.

³⁸ Sobre la justificación falsacionista del modelo proceso penal acusatorio véase **Luigi Ferrajoli**, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 6ª ed., 2004, pp. 537 ss.

3.2. El dominio policial de la investigación

La investigación penal en muchos procesos penales parece encubrir la consolidación de un verdadero derecho penal-procesal de carácter policial, de orientación básicamente preventiva y de carácter rigurosamente extralegal, fundado en la sospecha, pues interviene frente al despliegue de un verdadero poder fáctico³⁹. El hecho de que ello sea así viene determinado por la necesidad estructural de que el ejercicio de las funciones por parte del juez se haga dentro de determinados límites de tolerancia, para que no entorpezca aquellas esferas donde las necesidades del sistema policial de investigación lleguen a ser resueltas a costa de la desconexión con los compromisos que, en materia de libertades y derechos, se derivan del modelo constitucional. Con ello se instala al juez como un intérprete ponderativo de intereses y no como el celoso guardián de derechos fundamentales. Esta repotenciación del poder punitivo, y la minimización de la función judicial como límite, toma forma muy visible en lo que se ha dado en llamar el subsistema preventivo policial⁴⁰. Allí el carácter extra-procesal de las persecuciones penales informa la velocidad inicial del aparato punitivo.

En el caso colombiano, otro de los motivos para la consolidación de la autonomía policial durante la fase de la investigación es el *deficiente acceso del funcionario de investigación al JCG y del ciudadano común a la administración de justicia*, sobre todo en zonas donde no existe la presencia de la judicatura⁴¹. Por supuesto, de especial interés resulta la introducción del *JCG ambulante* como dispone el art. 39 parágrafo 3 del CPP, según el cual “habrá jueces de garantías ambulantes que actúen en los sitios donde sólo existe un juez municipal o cuando se trate de un lugar en el que el traslado de las partes e intervinientes se dificulte por razones de transporte, distancia, fuerza mayor o en casos adelantados por la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación o en los que existan problemas de seguridad de los funcionarios”. De esta manera, la figura ambulante suple la ausencia del juez de control en los lugares donde la afectación a los derechos fundamentales es permanente (siendo, seguro, solo un control a “ecos” de violaciones a derechos fundamentales), máxime si

³⁹ Véase **Perfecto Andrés Ibáñez**, “El papel de la justicia penal en el estado de la crisis”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate* N. 10, Madrid, Sep. /1990, p. 35. También lo ha dicho **Luigi Ferrajoli**: “la cuestión prejudicial de una doctrina democrática del proceso penal es la separación que siempre existe, en mayor o menor medida, entre normatividad y efectividad, entre derecho y práctica, entre imagen legal y modalidades reales, entre deber ser y ser del sistema penal. Podemos tener un proceso penal perfecto, pero será siempre una triste cosa allí donde el monopolio judicial de la fuerza no sea absoluto y exista una fuerza pública extralegal.” (“Jurisdicción y democracia”, en: *Jueces para la Democracia. Información y Debate* N. 29, Madrid, Jul. /1997, p. 4).

⁴⁰ Véase *in extenso* **Luigi Ferrajoli** (*supra* nota 38), pp. 763 ss.; un resumen comparativo de las amplias facultades de intervención penal que se conceden a la policía en otros países latinoamericanos véase **Ambos/ Woischnik** (*supra* nota 1), pp. 849-851; sobre el dominio policial de la investigación penal en Alemania véase **Kai Ambos**, “Control de la policía versus dominio policial de la instrucción”, en: *Derecho penal contemporáneo* 1 (Oct.-Dic. 2002), Bogotá, Legis, pp. 149 ss.; sobre su manifestación en la cultura procesal colombiana y presentado como una forma de derecho penal eficientista de enemigo véase **Alejandro David Aponte Cardona**, *Guerra y derecho penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá, Ibáñez, 2006, pp. 486 ss.

⁴¹ Véase Corporación Excelencia en la Justicia, *Lineamientos de política pública en materia de acceso a la justicia a partir de un estudio de necesidades jurídicas insatisfechas*, p. 2 ss. (Disponible en: http://www.cej.org.co/index.php/documentos-y-consultas/documentosdeinteres/doc_details/240-lineamientos-de-politica-publica-en-materia-de-acceso-a-la-justicia último acceso: 30.04.2013); también **Camilo Castillo/Mauricio García Villegas/Soledad Granada/Adriana Villamarín**, “La justicia en zonas de conflicto armado”, en García Villegas (ed.), *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores *et al.*, 2008, pp. 165 ss.

se trata de aquellas zonas donde el orden público está en completa disputa por razones conexas al conflicto armado colombiano. Esto constituye la evidencia más notable, y la más triste muestra de resignación, de la consolidación de un derecho policial, que pierde su naturaleza siquiera formalmente instrumental y subordinada al ejercicio de la jurisdicción.

4. Conclusión

Acorde con lo ya dicho, la función del JCG como guardián de los derechos del imputado es desplazada, cada vez más, por esquemas normativos y prácticos que bajo un aparente manto garantista relajan el papel protector de los derechos fundamentales que debe representar la jurisdicción. Asimismo, las prescripciones que orientan la función de control de garantías y el marco normativo que fundamenta las afectaciones de derechos fundamentales durante la investigación, propician un desajuste de la praxis judicial penal frente al paradigma constitucional que informa acerca de la racionalidad de la función judicial en el proceso penal como límite al poder punitivo estatal (debido proceso), con lo cual se encubre la maximización del poder punitivo en la etapa preparatoria del juicio. En la dimensión minimizadora y disuasoria (de un alto valor pedagógico democrático) que representa el JCG frente a las patologías propias de la intromisión en derechos fundamentales, se perfila la idea de un juez marcado por la utilidad y el pragmatismo en el ejercicio de los controles a la variada gama de actividades de policía judicial y de la Fiscalía; no de un Juez al servicio de la libertad ni, por ende, de un proceso penal democrático como debería ser.

Ley guatemalteca contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer – Consideraciones críticas

María Laura Böhm *

Hugo Roberto Jáuregui **

Resumen: El presente trabajo es un estudio panorámico crítico de la ley guatemalteca contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, así como una reflexión general sobre la política criminal que inspira y nutre leyes y reformas de similar naturaleza a la ley guatemalteca. Luego de posicionar la ley guatemalteca en el contexto latinoamericano (1.), se exponen sus principales dificultades de carácter penal y procesal penal (2.). A continuación se exponen desde una perspectiva criminológica cuatro críticas a esta legislación (punitivista, securitizante, peligrosista, y reproductora de la desigualdad sin ser reductora de la violencia) (3.). Las conclusiones son ofrecidas como base para la necesaria profundización del estudio de la legislación penal que es utilizada como instrumento de defensa frente a las desigualdades de género (4.).

Palabras clave: femicidio, violencia de género, Guatemala, derechos procesales, securitización

Abstract: The following article is a critical broad analysis of Guatemalan law against femicide and other forms of violence against women, as well as a general reflection on the policy that inspires and nourishes criminal laws and reforms of a similar nature to Guatemalan law. After positioning Guatemalan law in the Latin American context (1.), its main difficulties with respect to criminal law and criminal procedure will be ascertained (2.). Criticism of this Legislation will be reiterated from a criminological perspective (3.). The conclusions are expressed as a necessary basis for deepening the study of criminal law when it is used as an instrument of defense against the violence resulting from gender inequalities (4.).

Keywords: femicide, gender violence, Guatemala, process rights, securitization

1. Leyes contra el Femicidio: Guatemala y el contexto latinoamericano

A inicios de 2012 la *Comisionada Presidencial Contra el Femicidio* de Guatemala manifestó que su prioridad funcional era la resolución de los femicidios que ocurrieran ese año y que para ello la Comisión a su cargo daba acompañamiento a los fiscales explicando cómo analizar los casos para dar un enfoque de género a las investigaciones y evitar dilaciones. A pedido de la entrevistadora, aportó un ejemplo de Escuintla: *“La fiscalía lo tenía como suicidio, pero para*

* Abogada (UBA, Buenos Aires), Magister en Criminología (UNLZ, Buenos Aires), Diplomada en Criminología (Universität Hamburg), Doctora en Ciencias Sociales (Universität Hamburg). Investigadora post-doctoral (Alexander von Humboldt) de la Georg-August-Universität Göttingen, Instituto de Ciencias Criminales, Dept. de Derecho Penal Extranjero e Internacional. Correo electrónico: maria-laura.boehm@jura.uni-goettingen.de.

** Abogado (USAC, Guatemala), Magister en Derecho Pluralista Público y Privado (UAB/USAC), Diplomando en Derecho Probatorio (UPI). Fiscal del Ministerio Público, actualmente Magistrado de la Corte de Apelaciones Ramo Penal, Profesor Derecho Penal y Procesal Penal (USAC). Correo electrónico: hugrojauregui@yahoo.es.

*nosotros es femicidio porque hubo una violencia sostenida durante un año que orilló a la víctima a quitarse la vida. Se demostró que el novio la golpeaba, le quitaba su sueldo y la agredía psicológicamente. Hay peritajes que demuestran cómo la humilló tanto que la hizo entrar en depresión hasta que se ahorcó.*¹ En este caso el enfoque de género implica que una conducta atípica, el suicidio de una mujer, sea considerada como conducta típica y subsumida en un tipo penal de extrema gravedad, el femicidio, atribuido a su novio, quien no había tenido directa intervención en los actos que produjeron la muerte. Penalmente hablando esto es, cuanto menos, muy problemático².

Sin negar la gravedad del maltrato ni del sufrimiento padecido por inúmeras mujeres en manos de los hombres que se encuentran cercanos a ellas cotidianamente, no cabe duda que el enfoque que inspira y da sustento a la Ley guatemalteca contra el femicidio y que da diario fundamento a su implementación, acarrea serios problemas en el derecho penal y procesal penal. Este enfoque, al filtrarse en el sistema penal, retroalimenta un discurso criminológico propio de teorías peligrosistas, excluyentes y securitizantes, y moviliza una política criminal que excede en grado y calidad – con efectos negativos – las funciones que de ella caben esperar.

La ley guatemalteca, de todas formas, no se encuentra sola frente a estas críticas. Otros países latinoamericanos han compartido su espíritu punitivo incluso desde antes (Costa Rica³) y algunos han seguido sus pasos – por ejemplo Chile⁴, El Salvador⁵, Perú⁶, Nicaragua⁷, Argentina⁸ y Honduras⁹. Antes de adentrarnos en el estudio de la ley guatemalteca, cabe mencionar tal vez especialmente el caso mexicano. México sancionó ya en el año 2007 la *Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia*, normativa amplia que contempla una intervención multiagencial de la problemática y describe en su art. 21 la violencia feminicida. En dicha ley, sin embargo, no se previó la tipificación *penal* de la figura, la cual fue incluida en el Código Penal Federal en el año 2012¹⁰. Relevante para la rápida tipificación en los últimos años fue en el caso mexicano la sentencia de 2009 de la Corte Interamericana de Derechos

¹ Paola Hurtado, "En tres meses los casos se pueden resolver", reportaje efectuado a la Comisionada Presidencial Contra el Femicidio, *El Periódico*, 8.02.2012, p. 6 <<http://elperiodico.com.gt/es/20120208/pais/207684/>> (último acceso: 5.02.2013)

² Obsérvese que en otras legislaciones esta situación ha sido incluso tipificada – cfr. Decreto N° 520 (*infra* nota 5) de El Salvador, art. 48: "Suicidio Femicida por Inducción o Ayuda".

³ *Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres*, Nro. 8589, del 25.04.2007.

⁴ *Ley Nro. 20.480, Modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el "femicidio", aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio*, del 19.11.2010.

⁵ *Decreto N° 520*, del 4.01.2011. Este decreto se muestra similar al modelo mexicano en cuanto a su integralidad y a su enfoque multiagencial. No obstante tipifica distintas figuras simples y agravadas de femicidio.

⁶ *Ley N° 29819 - Ley que modifica el Artículo 107 del Código Penal, incorporando el Femicidio*, del 26.12.2011. La tipificación es en este caso del llamado femicidio *íntimo*, el cual sólo puede ser cometido por cónyuges o convivientes.

⁷ *Ley No. 779, Ley Integral Contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reformas a la Ley No. 641, "Código Penal"*, del 20.02.2012. Se trata de una ley integral con disposiciones preventivas y sancionatorias, introduce como figura autónoma el femicidio, reformas institucionales y limitaciones procesales.

⁸ *Ley N° 26.791*, del 14.11.2012. La ley incorpora el femicidio entre las figuras agravadas del homicidio (art. 80 CP).

⁹ *Decreto 23-2013*, del 25.02.2013. El decreto, en su artículo 2, adiciona al Código Penal el Art. 118-A, por medio del cual se incorpora la figura del femicidio como delito autónomo.

¹⁰ Para un estudio detallado sobre el femicidio, y el estado legislativo en México (p. 23 ss.), véase ONU Mujeres/INMujeres/LXI Legislatura, *Cámara de Diputados, Femicidio en México. Aproximación, tendencias y cambios. 1985-2009*, México, 2011

Humanos (CorteIDH), sentencia conocida como “*Campo algodnero*”¹¹. En ella la CorteIDH reconoce la presencia de patrones respecto de la pronunciada violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez y define al feminicidio como “homicidio de mujer por razones de género”¹². Sin embargo, no admite tratar todos los casos bajo el rótulo de “feminicidio”¹³. Además, si bien reconoce la importancia de que las investigaciones sean realizadas desde una perspectiva de género¹⁴, no exigió al Estado la tipificación penal de la conducta. Este dato es significativo si se tiene en cuenta que la CorteIDH no ha extraído de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)*¹⁵ la conclusión que sí han extraído legisladores y jueces latinoamericanos, esto es, la obligación de tipificación penal de una figura especial.

Los Estados, con más o menos énfasis en la solución punitiva, caen en el consabido error de procurar resolver una grave problemática social mediante el sistema penal – para el cual se fuerzan y violan principios básicos de éste –, como si el mismo fuese el primero y no el último de los recursos a los que debe recurrir el Estado para tratar los conflictos – incluso los violentos – que se presentan en el seno de la población.

2. Ley guatemalteca contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer

2.1. Consideraciones generales

Antecedentes directos de la *Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer* de 2008 (en adelante *Ley de Femicidio*)¹⁶ en Guatemala fueron el Decreto 69/94 por medio del cual el Congreso de la República de Guatemala aprobó la *Convención de Belém do Pará*¹⁷ y la *Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar*¹⁸, que tuvo por fin el cumplimiento del compromiso asumido respecto de dicha Convención. Si bien la Ley de 1996 no conllevó la disminución de la violencia contra mujeres¹⁹, sí promovió la mejora organizativa y el empoderamiento de las mujeres en el campo político e institucional respecto de su

¹¹ *Caso González y Otras (“Campo algodnero”) vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

¹² *Ídem*, párr. 143.

¹³ *Ídem*, párr. 144. Esta negativa se fundamenta en la imposibilidad de calificar *ex ante* casos no estudiados en detalle. La ley guatemalteca, como se verá, y los documentos interpretativos de la misma, presuponen muchas veces estas situaciones, lo cual va en claro desmedro de una debida investigación penal.

¹⁴ *Ídem*, punto dispositivo 12.II, pág. 153.

¹⁵ *Convención de Belém do Pará*, adoptada por la Asamblea General de la OEA el 9.06.1994 en Belém do Pará, Brasil.

¹⁶ Decreto 22-2008 aprobado por el Congreso de Guatemala el 9.04.2008 (en vigor desde 15.05.2008).

¹⁷ Esta Convención fue ratificada el 5.01.1995 por el Presidente de la República (en vigor para el Estado de Guatemala desde 23.01.1996).

¹⁸ Contendida en el Decreto 97/96 aprobado por el Congreso de Guatemala el 24.10.1996 (en vigor desde 25.11.1996).

¹⁹ Aunque de años posteriores, son significativos los datos registrados por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE, Unidad de Estadísticas de Violencia Intrafamiliar): la violencia intrafamiliar (contra ambos sexos) ha aumentado entre 2003 y 2011 (respecto de las mujeres víctima, la cifra ha aumentado de 4.700 en 2003, a 15.937 en 2011, habiendo tenido su pico en el año 2009, con 29.150 casos registrados). Respecto del sostenido aumento del índice de homicidios – también de mujeres –, cfr. el *Informe estadístico de la violencia en Guatemala*, elaborado por el Programa de Seguridad Ciudadana y Prevención de la Violencia (PNUD) (Guatemala, 2007), pp. 21 y 30.

derecho a una vida sin violencia²⁰. El indudable positivo avance que esto significó en cuanto a la visibilización de tan grave y compleja problemática, tuvo sin embargo una faceta menos favorable: Así como se asumía cada vez con más convicción que las mujeres tienen derechos que deben ser respetados y protegidos, se fue instalando como contrapartida la idea de que los hombres que agreden *no* tienen derechos. Una problemática sociocultural de altísima complejidad fue derivando y estilizándose en un reclamo al Estado como responsable de la desprotección de las mujeres así como por su inoperancia en la persecución y castigo de los hombres agresores²¹.

La *Ley de Femicidio* de 2008 tiene pretensión integral en cuanto a su objeto, al cual describe como “garantizar la vida, la libertad, la integridad, la dignidad, la protección y la igualdad de todas las mujeres ante la ley, y de la ley”, así como al explicar que su fin es “promover e implementar disposiciones orientadas a la erradicación de la violencia física, psicológica, sexual, económica o cualquier tipo de coacción en contra de las mujeres, garantizándoles una vida libre de violencia” (artículo 1). Sin embargo, una observación más precisa hace evidente que estas declaraciones iniciales no se corresponden con el contenido de la ley. La ley reconoce que la violencia de género e intrafamiliar tiene su base en las “relaciones desiguales de poder existentes entre hombres y mujeres, en el campo social, económico, jurídico, político, cultural y familiar” (tercer considerando). Sin embargo, su articulado se reduce a establecer un régimen penal especial (sustantivo y procesal) respecto de actos de violencia que tengan por víctima a una mujer. El legislador no procuró erradicar o siquiera disminuir la violencia de género mediante medidas integrales abarcadoras de la problemática, sino que se concentró en el diseño de una estructura penal para el *castigo* (castigo, y no resocialización) de los agresores. Obsérvese en este sentido que el Capítulo III de la *Ley de femicidio* dedicado a las “Medidas de carácter preventivo” se compone únicamente del artículo 4, el cual prevé la coordinación interinstitucional respecto de “campañas de sensibilización y generación de espacios de discusión para la concertación e impulso de políticas públicas para la prevención de la violencia contra la mujer y el femicidio”. De esta manera la ley menciona sólo breve y vagamente todo aquello que precisamente podrían ser las medidas centrales para la promoción de una cultura menos violenta hacia las mujeres, y por tanto, aquellas medidas que podrían disminuir la cantidad de víctimas²². En cambio, en sus capítulos IV (“Delitos y penas”), V (“Reparaciones”) y VI (“Obligaciones del Estado”) se establecen entre los artículos 5 a 21 sanciones penales de extrema gravedad para los agresores, disposiciones procesales especiales durante el proceso penal, reparaciones a ser realizadas a las mujeres víctimas de un hecho violento, obligaciones del Estado respecto de la mujer víctima y del mejoramiento de la investigación criminal, mejoras presupuestarias fundamentalmente para la instauración de las nuevas oficinas relativas al trámite penal, cuerpos forenses etc. Es decir, la *Ley de Femicidio*, ya

²⁰ En esta década se consolidan o conforman organizaciones para la protección de los derechos de las mujeres, como la *Red de la No Violencia contra las Mujeres –REDNOVI–* (1991), *Nuevos Horizontes* (1998), *Organización de Mujeres Tierra Viva* (1998), o el *Grupo Guatemalteco de Mujeres* (GGM).

²¹ Cfr. por todos el tratamiento del tema en uno de los periódicos de mayor difusión en Guatemala, *Prensa Libre*, donde se hicieron públicos los temores de Ileana Alamilla (Directora de CEIGUA en 2003) de que Guatemala se convirtiera en “una Ciudad Juárez” (5.10.2003); y notas en similar sentido (28.04.2003 y 6.04.2004).

²² Obsérvese, como contraejemplo en su estructura, la ley salvadoreña (*Decreto N° 520, supra* nota 5), en la cual las medidas preventivas y de actuación de otras agencias se desarrollan en el Título I del Decreto, a lo largo de 44 artículos. El Título II (Delitos y Sanciones) se alcanza recién en el art. 45.

desde su estructura, pone énfasis en la persecución penal de la violencia ya acontecida, y no en posible injerencia social para la evitación de esa violencia. Si las mujeres pueden verse efectivamente beneficiadas con esta ley – *antes* de ser víctimas de un hecho violento – parece ser cuanto menos dudoso.

Un análisis pormenorizado de los tipos penales o regulaciones procesales excede las posibilidades y el objetivo de este trabajo, que tiene por único fin ofrecer una visión panorámica de los principales problemas que presenta este tipo de legislación. Por este motivo en lo que sigue se presentan únicamente algunos aspectos particularmente críticos de índole sustantiva y procesal.

2.2. Aspectos conceptuales y penales

La *Ley de Femicidio* presenta en su artículo 3 definiciones de aquellos términos que luego conforman los tipos penales en ella dispuestos²³. Destacamos cinco de ellas:

“e) Femicidio: Muerte violenta de una mujer, *ocasionada en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres*, en ejercicio del poder de género en contra de las mujeres.”

“f) Misoginia: Odio, desprecio o subestimación a las mujeres *por el solo hecho de serlo*.”

“g) Relaciones de poder: Manifestaciones de *control o dominio* que conducen a la *sumisión de la mujer* y a la discriminación en su contra.”

“j) Violencia contra la mujer: Toda acción u omisión *basada en la pertenencia al sexo femenino* que tenga como resultado el daño inmediato o ulterior, sufrimiento físico, sexual, económico o psicológico para la mujer, así como las *amenazas* de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en el ámbito público como en el ámbito privado.”

“m) Violencia psicológica o emocional: Acciones que *pueden producir* daño o sufrimiento, psicológico o emocional a una mujer, a sus hijas o a sus hijos, así como las acciones, *amenazas* o violencia contra las hijas, los hijos u otros familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la víctima, en ambos casos con el objeto de intimidarla, menoscabar su autoestima o controlarla, la que sometida a ese clima emocional puede sufrir un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos.”

Mediante estas definiciones la ley persigue la delimitación de su articulado. Sin embargo, debido a su imprecisión, tal delimitación no tiene lugar. Ya se ha dicho que “las definiciones legales no están en condiciones de cumplir lo que de ellas se espera como medios de restricción del Derecho penal. Las definiciones pueden servir para precisar un término, pero si el término es amplio, servirán para lograr un Derecho penal más amplio.”²⁴ Dado que la imprecisión conceptual se traslada a los tipos penales que las utilizan, la violación del principio de legalidad – constitucionalmente consagrado en el art. 17 CG – se concreta por falta de

²³ Varias de las definiciones están inspiradas por la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* de la ONU. Debe advertirse, sin embargo, que esta Declaración es un instrumento internacional, y sus definiciones no satisfacen los requisitos de especificidad que una ley penal exige.

²⁴ **Pablo Sánchez-Ostiz**, “Relevancia de las definiciones legales en la aplicación del Derecho penal”, en Juan Pablo Montiel (comp.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 224.

máxima taxatividad al utilizar verbos insuficientemente definidos, fijar una “escala penal de amplitud inusitada”, o remitir a “conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión”²⁵. Sin embargo, dado que las definiciones son “parte del texto” legal, son también “objeto de interpretación”²⁶. La subsanación de estas imprecisiones, en caso de no realizarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley, deberá ser entonces mediante la tarea de los intérpretes de la ley, obligados – también en virtud del principio de legalidad – a la máxima taxatividad interpretativa²⁷.

En concreto sobre estas definiciones, a mero modo ejemplificativo, obsérvese que la definición de *femicidio* se refiere a las “relaciones desiguales de poder”, mientras que la definición de *relaciones de poder* contiene en sí misma la idea de desigualdad (“control o dominio” “sumisión de la mujer”), lo cual impide – desde esta terminología – la posibilidad de que las relaciones de poder puedan ser analizadas en cada caso concreto en toda su complejidad. Dado que el femicidio es descrito como “muerte violenta” “ocasionada en el contexto de las relaciones de poder”, hemos visto que la propia Comisionada Presidencial Contra el Femicidio ha entendido que el suicidio puede considerarse femicidio²⁸, no obstante estar prevista la acción del tipo penal de femicidio con otra formulación (“diere muerte”)²⁹. La definición de *misoginia*, por su parte, recurre a conceptos que en sí mismos requerirían de definición para que resulten suficientemente precisos (“odio, desprecio o subestimación”) y se complementa con un elemento de casi imposible comprobación (“por el solo hecho de serlo”). Dentro de las formas de violencia, la formulación general de *violencia contra la mujer* se muestra autoreferente, desde que se trata de violencia (sean acciones u omisiones) “basada en la pertenencia al sexo femenino”. La violencia *psicológica o emocional* se presenta si existen acciones que “pueden producir daño o sufrimiento”, es decir, que no necesariamente lo producen sino que conllevan el riesgo de que se produzcan, lo cual convertiría – si el tipo penal contiene este concepto – una formulación de tipo penal de peligro, y no de resultado – o incluso, aún menos definido, una mera figura de riesgo; y se contrapone por otra parte a la definición general de violencia contra la mujer que exige que la acción u omisión “tenga como resultado...” el daño. Ambas definiciones incluyen las “amenazas” como forma de violencia – adviértase que las amenazas representan una violación de bienes jurídicos distintos y esta violación no es proporcional a la gravedad de la pena aquí prevista³⁰ –, las que en el caso de la violencia psicológica o emocional implica la amenaza de acciones que podrían producir daño o sufrimiento incluso a tataranietos o sobrinos de la mujer violentada. Todas las circunstancias relatadas a modo ilustrativo respecto de estas cinco definiciones que son componente de los tipos penales, hacen prever la falta de taxatividad y de certeza que afecta los tipos en cuestión.

El artículo 6 establece el tipo penal de femicidio. En primer lugar se describe la conducta básica:

²⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni/ Alejandro Alagia/ Alejandro Slokar, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 110 s.

²⁶ Sánchez-Ostiz (*supra* nota 24), p. 222.

²⁷ Zaffaroni/ Alagia/ Slokar (*supra* nota 25), p. 110.

²⁸ Véase *supra* nota 1.

²⁹ Véase *infra* artículo 6.

³⁰ Sobre el delito de amenazas en particular, las dificultades de determinación del bien jurídico protegido por esa figura – la libertad individual - (pp. 11 ss., 87 ss.), y la errada imposición de pena privativa de la libertad (p. 453 ss.) véase José Luis Guzmán Dálbora, *El Delito de Amenazas*, Santiago: Lexis Nexis, 2006.

“Comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias:...”

Esta descripción contiene las dificultades conceptuales ya señaladas respecto de las definiciones que tiene por base, y que constituyen fundamentalmente elementos normativos y/o descriptivos del tipo, según el caso (“relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres”, “por su condición de mujer”). Se enumeran luego ocho casos de circunstancias que contienen los problemas de imprecisión antes mencionados:

- a. *Haber pretendido infructuosamente* establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
- b. Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, *amistad, compañerismo o relación laboral*.
- c. *Como resultado* de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima.
- d. *Como resultado* de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.
- e. *En menosprecio del cuerpo de la víctima* para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.
- f. *Por misoginia*.
- g. Cuando el hecho se cometa *en presencia de las hijas o hijos de la víctima*.
- h. Concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el artículo 132 del Código Penal.”

Esta enumeración de situaciones no evita que la figura sea abierta y violatoria del principio de legalidad y de dificultosa aplicación. La amplitud del ámbito de situaciones y posibles relaciones entre hombre y mujer (a. y b.) cubre todos los ámbitos posibles de relaciones sociales de la mujer, de modo que casi cualquier homicidio de una mujer en manos de un hombre podrá ser femicidio, ya que las relaciones desiguales de poder entre hombre y mujer en la sociedad guatemalteca siguen siendo la regla y atraviesan todo el entramado social³¹. La no exigencia de voluntad (que la muerte se produzca “como resultado”, c. y d.) podría dar lugar a la aplicación de la figura en casos de preterintencionalidad – dolo de un delito menos grave con resultado culposo de un delito más grave – o incluso culposo, llevando la figura a excesiva amplitud, en abierta violación a los principios de proporcionalidad y culpabilidad³². La muerte por menosprecio – todo delito denota menosprecio del bien jurídico protegido! – o por misoginia – concepto pluriséxico del ámbito de la psicología – aportan más oscuridad que claridad a la conducta que se pretende determinar. La referencia a la “presencia de las hijas o hijos de la víctima” (g.) convierte en parte constitutiva del tipo penal circunstancias ajenas a la violencia contra la mujer – obsérvese que en otras legislaciones esta circunstancia ha sido considerada circunstancia agravante del delito, y no elemento constitutivo del mismo³³.

³¹ Cfr. **Jorge A. Restrepo/ Alonso Tobón García** (eds.), *Guatemala en la Encrucijada – Panorama de una violencia transformada*, Bogotá: Small Arms Survey/CERAC, 2011, p. 105 ss.

³² Sobre estos principios véase por todos **Zaffaroni/ Alagia/ Slokar** (*supra* nota 25), pp. 123 ss., 132 ss.

³³ Cfr. *Decreto N° 520* (*supra* nota 5) de El Salvador, art. 46.

Por último, la pena prevista:

“La persona responsable de este delito será sancionada con pena de prisión de veinticinco a cincuenta años, y no podrá concedérsele la reducción de la pena por ningún motivo. Las personas procesadas por la comisión de este delito no podrán gozar de ninguna medida sustitutiva.” (artículo 6, segundo párrafo)

Al describir someramente la estructura de la *Ley de Femicidio* hemos advertido el primordial objetivo de castigo que la guía. Esto queda expresamente plasmado en este párrafo, en que se prohíbe que la pena impuesta – elevadísima incluso en su monto mínimo – pueda ser reducida “por ningún motivo”. Esta disposición impide la aplicación de las instituciones de un régimen progresivo de cumplimiento de pena, propio de un sistema – como el guatemalteco – que tiende a la readaptación social y a la reeducación de los condenados (art. 19 CG). Se impide asimismo la aplicación de medidas sustitutivas, lo cual para aquellos casos de homicidio preterintencional o culposo – que como se vio podrían quedar igualmente comprendidos, sin diferenciación, dentro de este tipo penal – es violatorio de los principios de culpabilidad y proporcionalidad. La figura penal de femicidio, establecida de esta manera, está viciada por la falta de taxatividad y por el exceso de conceptos normativos que violentan el principio de legalidad material – reconocido en Guatemala como en la mayoría de los países “practicantes” de un derecho penal liberal –.

Nos parece atinente recordar que el principio de legalidad tiene un sustrato material, podríamos decir, de crucial importancia: la falta de precisión legal que pudiera parecer un formalismo, tiene efectos concretos y directos sobre las personas que sufrirán la pena impuesta en virtud de esa normativa. Hacemos nuestro entonces este planteo: “¿Debe el legislador dictar leyes precisas en material penal? Por supuesto que sí.”³⁴. Y se explica: “la especial exigencia de taxatividad en materia penal es consecuencia de la mayor gravedad de las consecuencias en este ámbito y por completo compatible con la consideración del principio de legalidad penal como una especificación del más general principio de legalidad de la intervención pública en la vida de las personas”³⁵. Si pensamos que en el caso del delito de femicidio se trata no sólo de una consecuencia de mayor gravedad, sino de las consecuencias más gravosas previstas por el Código Penal guatemalteco respecto de monto de pena y condiciones procesales, va de suyo que la precisión de la descripción típica debería ser de estricto cumplimiento del principio de legalidad.

La ley contiene, por otra parte, supuestos ya previstos en el ordenamiento penal vigente en figuras tales como el asesinato (artículo 132 CP), el parricidio (art. 131 CP), agravantes mixtas etc. En este sentido, la tipificación autónoma no sólo no garantiza una mejor persecución penal, sino que más bien atomiza los limitados recursos del Ministerio Público³⁶.

³⁴ Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal”, en: Montiel (comp.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 174.

³⁵ Ortiz de Urbina Gimeno (*supra* nota 34), p. 177.

³⁶ Véase el bajo índice de resolución de casos de muertes violentas (5 sentencias por cada cien casos de delitos contra la vida) en el Informe Anual 2010 presentado por el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (23.03.2011), p. 6 (numeral 18) <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7531.pdf?view=1>> [último acceso: 11.03.2013].

La ley prevé otros dos tipos penales. El de *violencia contra la mujer* (artículo 7, con pena de cinco a doce años de prisión en caso de violencia física o sexual, y de cinco a ocho años de prisión en caso de violencia psicológica) y el de *violencia económica* (artículo 8, con pena de cinco a ocho años de prisión), de similares dificultades en cuanto a la imprecisión de sus formulaciones e incluso de mayor vaguedad, dado que a diferencia del femicidio, en estos dos tipos penales en general se trata de formulaciones propias de los delitos de actividad (vgr. “ejerza violencia”) o de resultado impreciso (“somete la voluntad de la mujer”), por lo que no puede partirse de un resultado definido – alcanzado o tentado. Además de contemplarse también en estos tipos acciones ya contenidas en el Código Penal³⁷, la pena a imponerse en la *Ley de Femicidio* supera ampliamente las penas establecidas en el CP para las mismas acciones – vgr. las lesiones que “produzcan enfermedad o incapacidad para el trabajo por diez días o menos” están contempladas como una falta contra las personas con pena máxima de 60 días de arresto (art. 481 CP), mientras que la misma conducta, tiene una pena mínima de 5 años en la *Ley de Femicidio*³⁸.

La prohibición de “causales de justificación” prevista en el artículo 9 evidencia, nuevamente, la pobreza teórico-penal de los redactores de la ley. Esto es de suma gravedad si se atiende a la envergadura de los delitos tratados, a las consecuencias de estas conductas en la sociedad y las víctimas, así como a los efectos de estos procesos para los imputados. El primer problema es dogmático-penal, dado que se denomina causa de justificación a casos de error de prohibición culturalmente condicionado (la invocación de “costumbres o tradiciones culturales o religiosas... para perpetrar, infligir, consentir, promover, instigar o tolerar la violencia contra la mujer”). Y el segundo problema, tal vez incluso más grave, es que esta prohibición esté contenida en una ley guatemalteca, a pesar de ser Guatemala un país donde su conformación pluricultural y multiétnica se encuentran constitucionalmente reconocidas (art. 66 CG), y en el cual los grupos de origen maya constituyen la población con más alto índice de pobreza, extrema pobreza y analfabetismo³⁹. Sin pretender aquí una disculpa generalizada de la violencia que pudiera tener lugar en el ámbito de comunidades indígenas, consideramos que la prohibición legal de un error de prohibición culturalmente condicionado resulta una contradicción jurídica.

2.3. Aspectos procesales

El artículo 5 de la *Ley de Femicidio* establece que “Los delitos tipificados en la presente ley son de acción pública”. Esto no llamaría la atención si se refiriese exclusivamente al delito de femicidio, o incluso a lesiones graves. La acción pública se establece, sin embargo, para *todos* los delitos establecidos en la ley, lo que incluye actos de violencia tal vez menores pero de severa sanción penal, respecto de los cuales la mujer tampoco podrá pronunciarse sobre el

³⁷ Vgr. lesiones (arts. del 145 al 148 CP), coacción (art. 214 CP), robo (art. 251 CP), y estafa (art. 263 CP).

³⁸ Sentencias que imponen tales penas no encuentran otro fundamento – es decir, no hay análisis de proporcionalidad – que la remisión a la ley (cfr., a modo ilustrativo, sentencia del 14.07.2011 en *Causa 01074-2010-01801 Of. 3º* del Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente).

³⁹ Según los últimos censos poblacionales los índices de población indígena se encuentran entre un 34 y un 40 % de la población. Cfr. <http://www.segeplan.gob.gt/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=85> [último acceso: 11.03.2013].

avance o no de la investigación. Al respecto establece el *Protocolo Interinstitucional para la aplicación de la Ley*⁴⁰ en el inciso 2 de la Parte Procesal (pág. 23): “Por ser delitos de acción pública el desistimiento, renuncia o ausencia de la mujer víctima dentro del proceso penal es irrelevante y no debe tomarse en consideración tanto para la persecución penal como para la emisión de la sentencia.”. El pretendido fin de empoderar a la mujer a fin de evitar su discriminación negativa en las relaciones intergénero, se ve expresamente negado con la disposición que impide a la mujer un rol activo en su calidad de víctima, desconociendo sus intereses. De esta manera la *Ley de Femicidio* coloca a la mujer no como sujeto sino como mero objeto protegido por el proceso, casi como excusa para el castigo del hombre. En este mismo sentido se han pronunciado quienes advierten acerca de los beneficios que pueden obtenerse – bajos ciertas circunstancias y condiciones – con una mediación especial, por ejemplo, como alternativa al proceso penal, a fin de contar con un modelo mixto que devuelva a las mujeres la posibilidad de decisión sobre el camino a tomar, y por lo tanto, su dignidad y autonomía⁴¹.

A la desconsideración de la voluntad de la mujer, se aduna que este mismo *Protocolo Interinstitucional* explica que la prisión preventiva debe ser la regla y no la excepción: “En este tipo de procesos debe considerarse la prisión preventiva como necesaria en contra del imputado.” (art. 5.2.). De esta manera, no es difícil imaginar que todo hombre denunciado como autor de alguna de las vagas figuras penales previstas en la ley sea inmediatamente detenido⁴². Procesalmente esta pauta general es una restricción al principio de presunción de inocencia y una violación del *favor libertatis*, todo ello basado en una presunción general de hechos futuros pretendidamente esperables de todo hombre denunciado como agresor (“siendo que la violencia es un acto repetitivo con distintas manifestaciones”, “para evitar que los agresores pretendan modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba” etc.). El denunciado como agresor en particular, y los hombres en general, resultan considerados desde un inicio como enemigos, impidiéndose toda posibilidad de diálogo entre las personas afectadas⁴³. Si bien la ley se refiere a “quien” realice los actos por ella descritos, sus únicos

⁴⁰ Documento creado en septiembre de 2010 en forma interinstitucional por el Organismo Judicial, el Ministerio Público, el Ministerio de la Defensa Pública Penal, Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF), Ministerio de la Gobernación, la Coordinadora Nacional para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar y contra las Mujeres (CONAPREVI) y la Red de No Violencia, con el objetivo de crear herramientas para la adecuada interpretación y aplicación de la ley. Si bien no es un documento formalmente vinculante, sí se ha establecido como guía y respaldo de las decisiones adoptadas.

⁴¹ **Patricia Esquinas Valverde**, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 107 ss., p. 122 ss. La autora explica las precauciones que deben tomarse en tales casos: 1° Equilibrar la posición de la mujer respecto de su (ex)pareja masculina, lo que implica un proceso de “fortalecimiento” o *empowerment* por parte de la víctima (p. 85 ss.); 2° Equilibrar la posición del agresor respecto de la víctima, asegurando sus garantías procesales durante el proceso de mediación (p. 91 ss.); 3° Preservar la seguridad de la víctima a través de medidas aplicadas antes, durante y después de los encuentros (p. 97 ss.); 4° A efectos de iniciar un proceso de mediación, el agresor debe previamente haber reconocido su implicación en los hechos (104 ss.).

⁴² Esto explica también el dato aportado por la Fiscal General en cuanto a que sólo en el departamento de Guatemala habría a fines de 2011 quinientos hombres prófugos de la justicia por denuncia de maltrato (cfr. periódico *Prensa Libre*, 26.11.2011, p. 4).

⁴³ Cfr. asimismo art. 9 de la *Ley de Femicidio* cuando establece que “con la sola denuncia del hecho” deberán dictarse las medidas de seguridad previstas en el art. 7 de la *Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar* (vgr. obligación de abandono de hogar común, allanamiento de morada, suspensión provisional de la guarda y custodia de los hijos e hijas menores de edad, suspensión del derecho de visita a los mismos, deber de

destinatarios son los sujetos masculinos, a quienes se le cercenan derechos *ab initio* por su género, en abierta violación a la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

La Corte de Constitucionalidad ha entendido que el artículo 5 de la *Ley de Femicidio* no viola el artículo 29 de la CG (“Libre acceso a tribunales y dependencias del Estado”) al disponer la acción pública de los delitos previstos en los artículos 7 y 8. La Corte ha sostenido al respecto que ya no puede aceptarse que el problema de la víctima de violencia de género siga perteneciendo a la esfera privada, pues precisamente las conductas previstas en los artículos 7 (violencia física, sexual o psicológica) y 8 (violencia económica) son “prácticas aprendidas, conscientes y orientadas, ‘producto de una organización social estructurada sobre la base desde (sic) la desigualdad entre hombres y mujeres’”⁴⁴. Estas expresiones de la Corte de Constitucionalidad ponen una vez más en evidencia, que la violencia de género es resultado de un entretrejido de prácticas históricas, cultural y socialmente desarrolladas, de improbable modificación mediante el sistema penal.

De acuerdo a la *Ley contra el Femicidio* (Cap. IV) se han creado fiscalías, instituciones de defensa de los derechos de las mujeres, y órganos jurisdiccionales especializados – conformados en su mayoría por mujeres sensibilizadas y capacitadas en el tema⁴⁵ – así como una fuerza policial especializada en la investigación de hechos de violencia de género⁴⁶.

3. Las leyes penales contra el femicidio desde una perspectiva criminológica

Desde una perspectiva criminológica esta ley – así como aquellas de similar tendencia – evidencia un discurso muy actual en cuanto a su tendencia *punitivista*, *securitizante* y *peligrosista* así como *reproductora de la desigualdad* y *no reductora de la violencia*. Sin embargo, podríamos matizar, todo esto es sólo *más de lo mismo* en la historia del poder punitivo estatal: más figuras penales, más penas y más violencia institucional sin que todo ello traiga consigo una disminución de la violencia intersubjetiva. En lo que sigue expondremos estas críticas.

manutención, evitar uso o disfrute de los instrumentos de trabajo de la persona agredida, reparación en dinero efectivo de los daños ocasionados).

⁴⁴ Cfr. Corte de Constitucionalidad, *Expediente 3009-2011*, resuelto en 23.02.2012, p. 15 (el entrecorillado dentro de la cita hace referencia a una sentencia anterior de la misma CC: *Expediente 3097-2010*, resuelto en 12.01.2011).

⁴⁵ Estas capacitaciones en la práctica resultan a menudo en cursos de pocos meses por los que – no obstante su brevedad – se expiden certificados habilitantes. Piénsese que los mismos pueden conllevar la autorización para emitir, por ejemplo, un dictámen de misoginia.

⁴⁶ Así se establecieron los Juzgados de Primera Instancia Penal de Delitos de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, los Tribunales de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, además de una Sala de Apelaciones especializada en esta Materia. Se asignó a la Fiscalía de la Mujer para perseguir este tipo de delitos, designando fiscales especializados en los cinco Juzgados de turno, y se cuenta con 4 agencias de la Fiscalía de delitos Contra la Vida, especializados en femicidio. Se creó la Defensoría de la Mujer Víctima en el Instituto de la Defensa Pública Penal y la Unidad Contra la Violencia Contra la Mujer. Se creó también CONAPREVI, que es el ente coordinador, asesor e impulsor de políticas públicas dirigidas a prevenir, atender, sancionar y erradicar, la violencia intrafamiliar y la violencia contra las mujeres.

3.1. Punitivista

Llamamos punitivismo a la predisposición política de responder a los conflictos intersubjetivos que se presentan en la sociedad mediante más – y más severas – sanciones penales⁴⁷. En alemán se ha explicado la *Punitivität* con la expresión *Straflust*, algo así como “placer de condenar”. Dudamos que pueda hablarse de placer al condenar, pero rescatamos de esta idea esa inclinación favorable hacia el sistema penal, tanto por parte de la sociedad, como por parte de los operadores políticos que acceden a estas demandas – demandas por demás comprensibles y respetables –, aunque las mismas, más allá de satisfacer ese “placer”, no tengan capacidad de generar un cambio positivo en la conflictividad social. Existe punitivismo cuando estas demandas se concretan en leyes penales sin el debido filtro técnico que un cezudo procedimiento legislativo requiere. Por eso ha dicho Roxin que es necesario que sea la ciencia – y no en primer término la política – la que no sólo comente, sino que formule y proyecte las necesidades político-criminales y legales⁴⁸. El punitivismo, si bien es parte misma de la historia del poder punitivo estatal, ha caracterizado la forma de hacer política criminal en particular y política en general desde las décadas de 1980 y 1990 en los ámbitos anglosajón primero, y europeo y latinoamericano después. Esta renovación del discurso punitivo se ha llamado por algunos autores *neo-punitivismo*, caracterizado éste por el rol preponderante de los medios de comunicación, por su planteamiento como respuesta a los – supuestamente fracasados – discursos resocializantes de la política criminal, y por su directa vinculación con procesos de resquebrajamiento social acelerados por el espíritu neoliberal, el cual suele aumentar las diferencias socioeconómicas y parece desligar al Estado de sus primordiales funciones de provisión de seguridad en un sentido integral.

Teniendo esta idea por base es que consideramos que la *Ley contra el Femicidio* es un ejemplo de legislación punitivista. La ley se concentra en la creación de figuras penales o en el endurecimiento de penas y condiciones procesales como respuesta a una problemática social de compleja conformación. Distintos actores sociales profesional o cívicamente comprometidos con el tema han reconocido una y otra vez el múltiple carácter histórico, social, cultural, económico, institucional, laboral etc. que define a la violencia de género⁴⁹. Una sanción penal más severa, o un nuevo nombre a una figura penal ya existente, no modifica las condiciones que llevan a la comisión del delito. Se limita a actuar sobre un individuo concreto, sin efecto genuino sobre la sociedad, que sigue sin sentirse directamente involucrada⁵⁰. De esta manera no se protege a las mujeres, aunque esta protección sea el objeto de la ley – recuérdese, además, que el sistema penal siempre llega después y no antes que el delito ha sido cometido. Por otra parte, la sanción de nuevas y más severas leyes penales no demuestra más poder estatal, como podría pensarse, sino menos. El punitivismo es una evidencia de la imposibilidad estatal de intervenir en forma positiva – y no negativa, como lo es mediante la

⁴⁷ Axel Groenemeyer, “Punitivität im Kontext – Globale Konvergenzen der Kriminalpolitik oder Pfadabhängigkeit der Konstruktion abweichenden Verhaltens. Eine Bestandaufnahme”, en: *Soziale Probleme, Gesundheit und Sozialpolitik* 3, 2003, p. 51 ss.

⁴⁸ Claus Roxin, *La teoría del delito en la discusión actual* (Trad. Manuel Abanto Vásquez), Lima: Grijley, 2007, p. 27 ss.

⁴⁹ Sobre la construcción social de esta violencia y las diferencias de género que la hacen posible véase Esperanza Bosch Fiol, “La violencia de género como fenómeno social”, en: Esperanza Bosch Fiol (comp.), *La violencia de género. Algunas cuestiones básicas*, Jaén: Formación Alcalá, 2007, pp. 19-59, *passim*.

⁵⁰ Sobre la importancia de la toma de conciencia “social” véase Esquinas Valverde (*supra* nota 41), p. 110.

sanción penal – en la disminución de las condiciones que promocionan la violencia de género. Piénsese en las ONG y medios de comunicación que presentan la imágenes de hombres “enemigos” de las mujeres que deben ser pronta y largamente encerrados⁵¹, la falta de presencia estatal en los ámbitos educativos, sanitarios, de recreación, laboral etc. promoviendo una cultura de respeto e igualdad entre hombres y mujeres. Todos estos elementos que acompañan la legislación “antifemicida” en América Latina permiten tachar a la *Ley contra el Femicidio* de Guatemala – y a las normativas que la siguen – de ejemplos de punitivismo, es decir, contrarias a la idea autolimitadora del derecho penal liberal que teórica y constitucionalmente es guía de los sistemas penales latinoamericanos. Esta ley, como toda ley de tendencia punitivista, únicamente satisface parcialmente aquel *Straflust*.

3.2. Securitizante

Consideramos que la *Ley contra el Femicidio* no sólo es normativa penal destinada – erradamente – a solucionar conflictos intersubjetivos, sino que es normativa que excede los marcos básicos del derecho penal moderno y liberal mediante disposiciones excepcionales destinadas a generar seguridad. No se trata sólo de una ley punitivista, sino también de una ley securitizante⁵².

El concepto securitización describe “procesos en los cuales el ‘acto de habla’ de etiquetar un tema en forma social y políticamente exitosa como una ‘cuestión de seguridad’, desplaza a esta cuestión de seguridad del ámbito normal de la política del día a día, colocándola como ‘amenaza existencial’, que evoca y justifica medidas extremas.”⁵³ Si una determinada problemática social se estiliza, es decir, si su complejidad se simplifica discursivamente de modo que los múltiples factores y actores que la configuran se reducen a definir por un lado un objeto o grupo a ser protegido y, por otro, un fenómeno o grupo que representa una amenaza para aquel, y si la seguridad del primer grupo exige la adopción de medidas excepcionales respecto del segundo grupo, se está posiblemente en presencia de un proceso de securitización. El problema social o la conflictividad intersubjetiva, que exigirían en general la atención y el debate políticos para su debido tratamiento mediante políticas públicas apropiadas, dejan espacio a una sola expresión: “cuestión de seguridad”. Esta formulación maniquea evoca una situación excepcional que permite – y exige – acción en un único sentido: la neutralización de la amenaza, el combate de los factores de inseguridad, por todos los medios. Por ello si el medio escogido es el sistema penal, es muy probable que la normativa que emane de estas medidas viole la lógica propia del derecho penal – nunca será suficiente lo que se haga, puesto que nunca podrá alcanzarse la perseguida seguridad⁵⁴.

⁵¹ “Cuando las mujeres se atreven a denunciar también confrontan la inseguridad de regresar a sus hogares a seguir conviviendo con el enemigo y a las represalias de éste.” **Red de la No Violencia contra las Mujeres**, Informe de Guatemala sobre Violencia Intrafamiliar para la audiencia se la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (julio 2006). p.5 [resaltado nuestro].

⁵² Sobre la idea original del concepto securitization véase **Barry Buzan/ Ole Waever / Jaap de Wilde**, *Security: A New Framework for Analysis*, Boulder, CO: Lynne Rienner, 1998, *passim*.

⁵³ **Michael C. Williams**, “Modernity, Identity and Security: A Comment on the ‘Copenhagen controversy’”, en: *Review of International Studies* 23(3), 1998, p. 435.

⁵⁴ En igual sentido **Winfried Hassemer**, „Sicherheit durch Strafrecht”. Eröffnungsvortrag Strafverteidigertag 24.03.2006, Frankfurt a.M., Paulskirche, *Strafverteidiger* 6, 2006, p. 321 ss.; **María Laura Böhm**, “El ente

La *Ley contra el Femicidio* fue diseñada en el marco de procesos discursivos reductores de una acuciante problemática social, la violencia de género. La multifactorialidad de este fenómeno social se vio reducido a una imagen simplificada en que los hombres son los agresores y las mujeres las víctimas. Por supuesto que en casos concretos esto muchas veces es así, pero esos casos son exponentes de aquella problemática compleja, que la ley reduce. No son todos los hombres agresores ni todas las mujeres víctimas de misoginia. No obstante, este mensaje subyace en la ley, en la regulación y en las instituciones de su implementación, la cual se encuentra – precisamente a consecuencia de esta polarización reduccionista – en manos femeninas⁵⁵. La ley y sus intérpretes propugnan “acabar con la inseguridad” que padecen las mujeres, aunque como hemos visto, esto no es algo que pueda alcanzarse con una ley penal. Para alcanzar aquel fin, las disposiciones ordinarias del ordenamiento penal guatemalteco son considerados insuficientes. Por este motivo se diseñó una ley especial que no sólo contiene nuevos tipos penales, sino que la redacción de estos tipos penales es violatoria de distintos principios constitucionales del derecho y el proceso penales, por lo que deviene en legislación excepcional, es decir, fuera de la regla. De acuerdo a estas referencias, podemos afirmar que la *Ley contra el Femicidio* es una normativa que en su constitución y fines es resultado de un proceso securitizante, siendo ella misma ahora un instrumento de reducción discursiva de la problemática de la violencia de género. Como señalaba la escuela de París estudiosa de los discursos securitizantes en Europa, debe advertirse que si bien la *Ley contra el Femicidio* es resultado de un proceso – securitizante – político, se legitiman por su intermedio prácticas que *despolitizan*⁵⁶ el enfoque que se tenga sobre el “objeto de referencia” protegido, o sea, sobre el género femenino. La despolitización se produce porque se da preferencia a enfoques coercitivos, agresivos, que no dejan lugar a la discusión política, entendida ésta en los términos expuestos por Hannah Arendt, es decir, como espacio para el ejercicio de la libertad⁵⁷, y no en el sentido de Carl Schmitt, para quien la esencia de la política consiste en la demarcación entre el amigo y el enemigo – siendo este último aquel del que podía esperarse cualquier acto que representara una amenaza existencial⁵⁸. Esta demarcación es la que se realiza mediante procesos de securitización y es la que consideramos inapropiada en el ámbito del derecho penal, puesto que traslada la discusión política a un campo discursivamente bélico, produciendo la despolitización de la temática.

insecuritas y la inseguridad del derecho penal – Reflexiones a partir del caso alemán”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año 2, Nro. 3 (abril), 2012, p. 156 ss.

⁵⁵ Debido a esta lógica securitizante, una suerte de analogía entre El Martillo de las Brujas y las leyes contra el femicidio y la violencia contra la mujer nos parece evidente. En una primera parte del ordenamiento especial se describen los autores (“misógenos”, “machos golpeadores”, antes “brujas”, “aliadas del diablo”), y en una segunda parte los delitos (en forma imprecisa) y las penas (desproporcionadas); asimismo la organización de Tribunales estaba en manos masculinas en la Inquisición de la Edad Media, y se encuentra – de hecho – en manos femeninas en la actualidad (Fiscalías y Juzgados especializados).

⁵⁶ **C.A.S.E. Collective**, “Critical Approaches to Security in Europe: A Networked Manifiesto”, en: *Security Dialogue* vol. 37(4), 2006, p. 460 s.

⁵⁷ Cfr. **Hannah Arendt**, *Denktagebuch - 1950 bis 1973* (recop. por Ursula Ludz e Ingeborg Nordmann), München: Piper, 2002, p. 15 ss.

⁵⁸ **Carl Schmitt**, *Der Begriff des Politischen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1963 (En castellano: *El concepto de lo político*, distintas ediciones).

3.3. Peligrosista

En la *Ley contra el Femicidio* subyace una concepción peligrosista. Muchas de sus modalidades típicas y referencias procesales tienen por base diagnósticos, dictámenes psiquiátricos y estudios de riesgo como único presupuesto para la detención y, en su caso, condena. Esto es así tanto cuando se evalúa al procesado (*personalidad narcisista, síntomas de celopatía, baja socialización y responsabilidad, hostilidad frente a la mujer, comportamiento agresivo*) como a la mujer denunciante (*trastornos del sueño, estrés postraumático, relato creíble*)⁵⁹.

Entendemos que esto no es aceptable por ser propio de un discurso criminológico positivista largamente superado en las disciplinas criminológicas y penales de tradición jurídica occidental⁶⁰. Así fue resaltado también por la Corte IDH en la sentencia *Fermín Ramírez vs. Guatemala* en que estableció que la restricción de derechos basada en la peligrosidad del autor de un hecho delictivo es violatoria de sus Derechos Humanos – más aún lo será entonces la restricción basada en la peligrosidad del *presunto* autor de un hecho delictivo.

La Corte dijo:

“Con sustento en la peligrosidad se podría sancionar al infractor – actual o futuro – no ya por lo que ha realizado, su conducta, su comportamiento ilícito, dañoso y culpable, sino por lo que es, su personalidad, su tendencia, sus posibles decisiones y su conducta futura y probable, apreciada en la única forma en que podría serlo: a través de pronósticos. Esto genera, en fin de cuentas, un Derecho penal de autor – en el que se reacciona en función de la persona –, que se contrapone al Derecho penal de acto, hecho o conducta – en el que se reacciona en función del comportamiento efectivamente desplegado por el agente, el daño o el riesgo realmente producidos, la culpabilidad acreditada.”⁶¹

Entendemos que estos reparos y la prohibición de la Corte IDH son aplicables a la *Ley contra el Femicidio* que contiene, como hemos expuesto, una mayoría de elementos normativos y descriptivos sólo definibles en los casos concretos a partir de dictámenes de personalidad y pronósticos sobre conductas futuras.

Es interesante en este sentido observar la experiencia de similar problemática en Alemania, donde incluso el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el tema, afirmando que la peligrosidad sólo puede ser determinada a partir de un pronóstico que evalúa la probabilidad de futuros hechos graves; es decir, que no se evalúa *lo hecho*, sino *lo que podría suceder*⁶². La prognosis, es formulada en el presente, pero sólo podría devenir realidad – ser confirmada – en el futuro. Sin esta confirmación, el pronóstico es sólo una indefinible predicción, y por lo tanto un hecho inseguro. Sobre este hecho inseguro, no obstante, la *Ley contra el Femicidio* establece medidas procesales y penas. Esto es presentado también por el sociólogo *Robert Castel* como aporía, cuando explica que “La peligrosidad es una noción bastante misteriosa y

⁵⁹ Cfr. para ilustración del fuerte contenido “diagnóstico” y poco preciso de las sentencias por violencia contra la mujer – posibilitado por la poca definición legal –, la sentencia del 17.05.2011 en *Causa 01071-2009-00984 Of. 2º*, del Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, en que dichos dictámenes – incluso contradictorios – dieron sustento a una pena de 5 años de prisión.

⁶⁰ Sobre el crítico letargo del rol de la psiquiatría – auxiliar fundamental del discurso peligrosista – en el ámbito forense cfr. **Gabriel Ignacio Anitua**, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 357 ss.

⁶¹ Corte IDH, “*Fermín Ramírez c/ Guatemala s/ violación y asesinato agravado*”, resuelta 20.06.2005, párr. 36.

⁶² BVerfGE 109, 133, p. 175.

profundamente paradójica, puesto que implica al mismo tiempo la afirmación de la presencia de una cualidad inmanente al sujeto (es peligroso) y una simple probabilidad, un dato aleatorio, puesto que la prueba del peligro no se tendrá más que a destiempo, es decir, cuando el acto se haya efectivamente realizado...⁶³. Esto ha sido llamado también el “dilema de la inexactitud de los diagnósticos de peligrosidad”⁶⁴ y fue reconocido por el mismo Tribunal Constitucional alemán al afirmar escépticamente que “las decisiones de pronóstico conllevan siempre el riesgo del falso pronóstico”⁶⁵. La ciencia psiquiátrica pone en duda ella misma las posibilidades y el alcance del pronóstico de peligrosidad como instrumento de medición y decisión respecto, por ejemplo, del otorgamiento de libertades.⁶⁶ En este sentido puede mencionarse el caso del Prof. Dr. Norbert Nedopil, uno de los expertos en psiquiatría forense que goza de mayor reconocimiento en la actualidad en Alemania, quien ha reconocido que él mismo en pronósticos de reincidencia en dos de tres casos se ha equivocado en contra del sujeto evaluado, y que este grado de error se encuentra muy por debajo del promedio general de diagnósticos errados⁶⁷.

Con base en un falso pronóstico, y a partir de “la sola denuncia”⁶⁸ de una conducta de poca lesividad (como “jalones de pelo”⁶⁹, por ejemplo), podría ponerse en movimiento el aparato estatal especialmente dedicado a la punición de agresores masculinos, con un régimen procesal y penal de extrema gravedad e imposible paralización por tratarse siempre de delitos de acción pública.

3.4. Reproductora de la desigualdad y no reductora de la violencia

Con nuevas figuras penales que pretenden proteger a la mujer frente al hombre sólo se obtiene un *re-debilitamiento* del género femenino, ya que de esta manera se *naturaliza* y se *perpetúa* en el Código Penal la diferencia de posiciones de poder que se han construido

⁶³ **Robert Castel**, “De la Peligrosidad al Riesgo”, en: C. Wright Mills et. al., *Materiales de Sociología Crítica*, Madrid: La Piqueta, 1986, p. 221 s.

⁶⁴ **Axel Dessecker**, *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Eine Untersuchung zum Maßregelrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004, p. 197 (en alemán: “Dilemma der Ungenauigkeit von Gefährlichkeitsprognosen”).

⁶⁵ BVerfGE 109, 190, p. 240. (en alemán: “Prognoseentscheidungen bergen stets das Risiko der Fehlprognose”). Esta afirmación no impidió que sus conclusiones contradijeran estos reconocimientos siendo por esto fuertemente criticado por la doctrina. Véase por todos **Jörg Kinzig** (“Die Sicherungsverwahrung – von einer vergessenen zu einer boomenden Maßregel”, en: Stephan Barton (comp.): “...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!” *Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*, Baden-Baden: Nomos, 2006, 143-173), p. 54, quien lamenta que el Tribunal Constitucional no haya aprovechado la oportunidad para profundizar en la discusión sobre la “insuficiencia de los pronósticos criminales”, discusión ya hace mucho tiempo plantada en el ámbito criminológico y jurídico-penal. Sobre esta discusión véase también **Bernd Volckart/ Rolf Grünebaum**, *Maßregelvollzug: das Recht des Vollzugs der Unterbringung nach §§ 63, 64 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt*, Neuwied: Luchterhand, 2003 (6ta. ed.), p. 137 ss.

⁶⁶ **Heinz Schöch**, “Individual und präventive Konsequenzen”, en D. Rössner/ J.-Martin Jehle (comp.), *Kriminalität, Prävention und Kontrolle, Neue Kriminologische Schriftenreihe*, Band 104, Heidelberg, 1999, p. 227.

⁶⁷ Entrevista en el periódico *Die Zeit* (14.07.2005, p. 34) referida por **Karl-Ludwig Kunz**, “Die Sicherung als gefährlich eingestufte Rechtsbrecher: Von der Strategie der Inklusion zur strafrechtlichen Exklusion”, en: S. Barton (comp.): “...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!” *Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*, Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 84.

⁶⁸ Cfr. *Ley contra el Femicidio*, art. 9 (véase *supra* nota 43 y texto principal).

⁶⁹ Cfr. *Protocolo Interinstitucional* (*supra* nota 40), art. 7.2.

ancestralmente entre un género y otro, impidiendo de esta manera la deconstrucción de tal diferencia. Esto se ha visto en la experiencia guatemalteca. Si bien la *Ley contra el Femicidio* fue concebida para garantizar el respeto a los derechos fundamentales de las mujeres, el Estado asume un rol paternalista tutelar y las convierte de sujeto procesal (víctima) en objeto del proceso (medio de prueba) negándole toda posibilidad de autotutela al limitar el uso de mecanismos alternos de resolución de conflictos. Según estudios realizados al respecto en Estados Unidos, en aquellos Estados que introdujeron legislación contra la violencia de género que implica que las mujeres no pueden decidir respecto del curso del proceso y en los cuales – como en Guatemala – la detención preventiva es la regla (“*mandatory arrest*”, “*no-drop policies*”), el nivel de denuncias de mujeres disminuyó, porque las mujeres se sentían “entregadas” a las instituciones policiales y desde allí sin respeto ni dignidad en su propia voluntad en cuanto al proceso, a la situación del hombre ni a la familia⁷⁰. Se advirtió que “al quitar el poder de decisión de sus manos mientras que otros entran en acción por ellas y claramente en su interés, se desempodera e incluso se trata con condescendencia a las mujeres”⁷¹, por lo que el efecto obtenido es una reproducción de la desigualdad de géneros.

Esto, entendemos, es consecuencia de una errada mirada sobre la interrelación entre sistema penal y sociedad. Por supuesto que es imprescindible la toma de conciencia respecto del femicidio y la violencia fundada en razones de género, así como hacerlos socialmente visibles como violencia propia de un ámbito cultural determinado. Sin embargo, la preocupación, el compromiso con la problemática como asunto público y de todos – y no privado ni sólo de las mujeres afectadas –, así como la solidarización con víctimas y familiares de víctimas es insuficiente al momento de tener que fundamentar y delimitar el uso y efectos de estos conceptos en el ámbito del sistema y el derecho penal.

Así, a pesar de las campañas de sensibilización por un lado, y de la proliferación en el ámbito latinoamericano de leyes contra el femicidio, un aspecto esencial continúa sin ser debidamente explicado: ¿por qué es el sistema penal el que debe intervenir a fin de disminuir las situaciones extremas de violencia de género? La imposición de una pena privativa de la libertad perpetua en la ley o en la práctica (mínimo de 25 años de prisión con prohibición de reducción de pena) debe ser la *ultima-ultima-ultima ratio*: última respecto de las penas privativas de la libertad, que a su vez son últimas respecto de las penas previstas en el código penal, que a su vez son últimas respecto del sistema de sanciones estatales. Por este motivo, la razón por la cual el Estado decide recurrir a ella (¿por qué no es suficiente el máximo de pena previsto para el homicidio?) debe estar debida y exhaustivamente fundamentada. La mención de las numerosas muertes de mujeres, por ejemplo, mediante una descripción estadística parcial que no contemple por ejemplo variaciones en el índice de homicidios respecto de los dos sexos⁷² ni el aumento de exposición social de las mujeres⁷³ – y quede por

⁷⁰ Nadine Bals, *Der Täter-Opfer-Ausgleich bei häuslicher Gewalt – Vermittlung und Wiedergutmachung auf dem Prüfstand*, Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 61 ss.

⁷¹ Bals (*supra* nota 70), p. 61; la autora desarrolla en detalle las posibilidades de los mecanismos de igualación entre víctima y victimario por fuera del proceso penal (p. 241 ss.); véase en igual sentido Esquinas Valverde (*supra* nota 41), p. 107 ss.

⁷² Cfr. Restrepo/ Tobón García (*supra* nota 31), p. 59, en que los autores grafican el aumento de los homicidios contra hombres y contra mujeres entre 1986 y 2008, indicando que no hay elementos que permitan distinguir en qué casos los homicidios de mujeres fueron femicidios.

tanto encerrada en el discurso único de que los homicidios de mujeres aumentan por el aumento del odio o desprecio masculino al género femenino⁷⁴ –, no resulta suficiente fundamento. Aunque parezca una verdad de perogrullo, es importante recordar que cada realidad es diferente, por lo que los legisladores de cada país deben estudiar en cada caso – sin presiones externas – la real necesidad y pertinencia de una modificación legislativa penal. Esto incluye junto a la pregunta del por qué, otra de igual relevancia en general, pero especialmente en el ámbito penal: ¿para qué una nueva figura penal? ¿Cuál es el fin que se persigue con la tipificación del femicidio? ¿Disuasión? ¿Castigo? ¿Resocialización? Los intérpretes de la ley y las organizaciones de lucha por los derechos de las mujeres optan por la primera o la segunda opción, en el convencimiento de que las existentes figuras de homicidio no son suficiente disuasivo ni infligen un castigo suficiente. La ley opta claramente por la segunda opción, imponiendo un monto de pena elevadísimo y prohibiendo toda posibilidad de reducción de pena, es decir, en desinterés expreso por las posibilidades de desarrollo individual y comportamiento social que el hombre condenado pueda tener. Mientras tanto, la Constitución guatemalteca obliga expresamente a la tercera opción, ya que el encierro no puede tener otro fin que la resocialización del sujeto. La falta de claridad, por lo tanto, en cuanto a qué se pretende y se puede lograr con las nuevas figuras penales, convierte a esta legislación en un instrumento simbólico, expresivo, que no satisface una función racional en las dinámicas de transformación social, ni conllevará a la disminución de la violencia. Se trata de un claro mensaje – el homicidio de mujeres por razones de género es repudiable –, enviado por un medio inidóneo. Sin lugar a dudas la sociedad – e incluso operadores judiciales – ponen en la ley expectativas que esta no puede – ni pretende – satisfacer.

4. Conclusiones

Luego de estas breves consideraciones debemos concluir que la *Ley contra el Femicidio* guatemalteca carece de la precisión técnica que el principio de legalidad exige a la normativa penal, así como resulta violatoria de los principios de proporcionalidad y culpabilidad. Debido al parcializado enfoque de género que subyace en su redacción, la *Ley contra el Femicidio* resulta doblemente violatoria del principio de igualdad: los hombres – destinatarios de su letra

⁷³ Cfr. al respecto el estudio sobre homicidios publicado por la ONU, en que estos factores son puntualizados: UNODC, *Global Study on Homicide 2011*, p. 59 <http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Globa_study_on_homicide_2011_web.pdf> (última visita 5.02.2013, traducción propia). El periodista guatemalteco Pedro Trujillo ha señalado acertadamente que las campañas “antifemicidio” basadas en datos distorsionados sobre el porcentaje de homicidios de mujeres – en la realidad en América Latina aprox. 10-15%, en Europa superior al 20% –, provocan la invisibilización de la problemática de la violencia en general < http://www.prensalibre.com/opinion/Topicos-realidades_0_809919067.html> (último acceso: 5.02.2013).

⁷⁴ La Comisionada Presidencial contra el Femicidio al ser preguntada en aquella entrevista (*supra* nota 1) sobre el motivo por el cual se mata a las mujeres, dio una respuesta que desvirtúa precisamente la base misma de la *Ley contra el Femicidio*, centrada en la idea de desigualdad de los géneros: “Hay un grupo de las que tienen vínculo con algún pandillero que las involucra en el cobro de extorsiones o las manda a matar por venganza. Y están las mujeres agredidas por sus parejas, que incluso han presentado denuncias por violencia o impago de pensión alimenticia. Son dos grupos bien marcados.” Es decir, el primer grupo de muertes tiene razones equiparables a las de muertes de hombres, y se trata muertes propias de la mayor exposición social – también en las redes y contactos delictivos ordinarios – de las mujeres, y no necesariamente por ser sub-consideradas por razones de género.

como únicos victimarios posibles – ven restringidos sus derechos respecto de los derechos de un destinatario (*mixto*) de cualquier otra normativa penal; y las mujeres – únicas víctimas posibles de estos delitos – se ven reducidas a objetos de prueba y sujetos sin voz ni autonomía en un proceso de rasgos paternalistas que las desconoce como portadoras de derechos.

Por otra parte, si la intervención penal no tiene un sentido definido en cuanto a la real disminución de la violencia de género en la sociedad, su normativa queda en mera expresión del poder estatal como respuesta a la frustración y reclamo de venganza del género femenino respecto del masculino. El cambio cultural, la transformación de largo alcance a nivel social para deconstruir la desigualdad entre los géneros y disminuir de esa manera el ejercicio de violencia del género masculino sobre el femenino, está lejos de obtenerse mediante legislación punitivista, securitizante, peligrosista y reproductora de la desigualdad entre los géneros.

Existe uma obrigação de ter em consideração a interpretação da Convenção Americana de Direitos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para os tribunais nacionais?

Eneas Romero de Vasconcelos *

Sumario: O presente artigo trata da existência de obrigação de os tribunais Estados-Parte em tratados internacionais de direitos humanos terem em consideração a interpretação das Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Será tratado aqui do sistema regional americano de direitos humanos e do problema específico da obrigação de as Cortes Nacionais levarem em consideração a interpretação pela Corte Interamericana da Convenção Americana, usando o caso brasileiro da relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte IDH, como exemplo para fundamentar a referida obrigação.

Palavras Chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos, Constituição, interpretação, Supremo Tribunal Federal, conflito jurisdicional

Abstract: This paper defends the existence of an obligation for courts of state parties to human rights treaties to take the human rights interpretation of regional human rights courts into consideration in their decisions. In this article, the American Convention on Human Rights and the obligation of national courts to consider the decisions of the Inter-American Court of Human Rights will be dealt with. Therefore, the Brazilian case will be analysed in more detail, and the interrelation between the Brazilian Supreme Court and the IACHR (Court) in cases dealing with ACHR interpretation, asking for a necessary conciliation between them.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, Constitution, interpretation, Brazilian Supreme Court, jurisdictional conflict

1. Introdução

No século XX, houve uma grande proliferação de normas internacionais de direitos humanos, que foram ratificadas, em maior ou menor medida, pelos mais diversos países do mundo. Especialmente importante foi a ratificação de diversos tratados internacionais de direitos humanos¹ e o reconhecimento de diversos órgãos internacionais, judiciais e extrajudiciais, para decidir sobre o desrespeito aos direitos humanos nas mais variadas partes do planeta. Ao mesmo tempo, houve um grande incremento de normas de direitos fundamentais previstas nas Constituições nacionais.

* Estudante de LL.M. e Doutorando pela George-August Universität Göttingen, mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília e membro do GLIPGö (Grupo Latino-americano de Pesquisa Penal de Göttingen), Promotor de Justiça (MP-Ce) no Brasil. Bolsista da CAPES-DAAD. Endereço eletrônico: enearomero@hotmail.com.

¹ Sobre a proeminência dos tratados internacionais de direitos humanos como fonte de direito nessa área, ver: **Walter Kälin/ Jörg Künzli**, *Universeller Menschenrechtsschutz*, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 43.

Em vários casos passam a coexistir normas que são vigentes, ao mesmo tempo, no direito internacional e no direito nacional (a denominada múltipla ou dupla vigência)² e também textos normativos internacionais ou estrangeiros que repetem (ou são muito similares) aos nacionais. Apesar da identidade (ou similitude do texto) os diferentes órgãos nacionais e internacionais têm, muitas vezes, interpretado de modo divergente os textos normativos previstos em tratados internacionais de direitos humanos.

No presente caso, será tratado do problema da divergência de interpretação da mesma norma de direitos humanos (a Convenção Americana de Direitos Humanos, doravante CADH) pelos Tribunais nacionais (de Estados-Parte que tenham reconhecido a jurisdição da Corte) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH).

Para esclarecer melhor o caso, será utilizado como exemplo a relação entre a interpretação da CADH pela Corte IDH e pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil (doravante STF). Nesse contexto, a vigência da CADH no âmbito interno, a vigência da norma no âmbito internacional e o reconhecimento da jurisdição da Corte IDH obrigam as Cortes brasileiras e especialmente o STF (assim como as Cortes dos demais países membros do mesmo sistema regional nas mesmas condições) a, pelo menos, ter em consideração a interpretação da Corte IDH ao tratar da interpretação de casos em que se aplique a CADH³.

2. As obrigações internacionais: efeitos do reconhecimento da jurisdição da Corte IDH perante o Estado-Parte

A obrigação internacional de cumprir um tratado pelo Estado-Parte decorre da sua adesão ao mesmo. Em caso de discordância, o Estado-Parte pode denunciar o tratado, mas, até essa data, é responsável plenamente pelo cumprimento das obrigações que voluntariamente reconheceu (art. 26, 27 e 56 da Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados)⁴. No caso da Corte IDH, o Estado brasileiro reconheceu “como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.” (Art. 62, 1 da CADH). O cumprimento das decisões da Corte IDH pelo Estado também está previsto no tratado internacional, *in verbis*:

“Artigo 68 - 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

² Sobre a múltipla vigência ver: **Jeremy Waldron**, *Partly Law Common to All Mankind, Foreign Law in American Courts*, New Haven and London: Yale University Press, pp. 120-123. Sobre a dupla positivação ver: **Geraldo Neuman**, “Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance”, in: *Stanford Law Review* 55, 2002-2003, p. 1864-1872.

³ Em relação à obrigação dos tribunais de Estados-Parte de ter em consideração e citar a jurisprudência da Corte IDH, ratifica-se e se utiliza parte da fundamentação de **Ezequiel Malarino**, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, in: K. Ambos/ E. Malarino/ G. Elsner (coord.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 425-445.

⁴ Ratificada pelo decreto 7.030/2009. Sobre os tratados no direito brasileiro ver: **Francisco Rezek**, *Direito Internacional Público*, São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 137-144.

2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.”

Portanto, o Estado brasileiro, enquanto Estado-Parte, está obrigado a cumprir as decisões da Corte IDH, conforme art. 68, 1 da Convenção, sob pena de descumprir uma obrigação internacional, como reconhece o próprio STF⁵. Caso deseje denunciar unilateralmente a jurisdição da Corte IDH, a denúncia estaria submetida a determinados (controvertidos) limites, conforme a jurisprudência da própria Corte IDH⁶.

3. A vinculação dos Tribunais Nacionais à jurisprudência da Corte IDH

O Estado-Parte está obrigado perante o direito internacional a respeitar as decisões das Cortes Internacionais e, no caso do sistema regional, o Brasil está obrigado a respeitar as decisões da Corte IDH⁷.

No direito interno, contudo, o Poder Judiciário não está vinculado, diretamente, à jurisprudência da Corte IDH, já que da existência da obrigação perante o direito internacional não se pode, inferir, *ipso jure*, uma obrigação para o Poder Judiciário para que aplique a interpretação da Corte IDH no âmbito interno, pois referida vinculação necessitaria de previsão normativa neste sentido, que inexistente na CADH.

A Corte IDH, contudo, ao interpretar a CADH reconhece a sua própria competência enquanto intérprete último no exercício do controle de convencionalidade⁸. Segundo a Corte IDH, conforme decidido no caso *Almonacid Arellano*, os Tribunais nacionais devem fazer um controle de convencionalidade das normas internas:

⁵ Nesse sentido, ver: "Gostaria (...) de tecer algumas considerações sobre a Convenção da Haia e a sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro. (...) A primeira observação a ser feita, portanto, é a de que estamos diante de um documento produzido no contexto de negociações multilaterais a que o País formalmente aderiu e ratificou. Tais documentos, em que se incluem os tratados, as convenções e os acordos, pressupõem o cumprimento de boa-fé pelos Estados signatários. É o que expressa o velho brocardo *Pacta sunt servanda*. A observância dessa prescrição é o que permite a coexistência e a cooperação entre nações soberanas cujos interesses nem sempre são coincidentes. Os tratados e outros acordos internacionais preveem em seu próprio texto a possibilidade de retirada de uma das partes contratantes se e quando não mais lhe convenha permanecer integrada no sistema de reciprocidades ali estabelecido. É o que se chama de denúncia do tratado, matéria que, em um de seus aspectos, o da necessidade de integração de vontades entre o chefe de Estado e o Congresso Nacional, está sob o exame do Tribunal. (...) Atualmente (...) a Convenção é compromisso internacional do Estado brasileiro em plena vigência e sua observância se impõe. (...) O atraso ou a demora no cumprimento da Convenção por parte das autoridades administrativas e judiciais brasileiras tem causado uma repercussão negativa no âmbito dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, em razão do princípio da reciprocidade, que informa o cumprimento dos tratados internacionais. (...) É este o verdadeiro alcance das disposições da Convenção." (ADPF 172-MC-REF, Rel. Min. Marco Aurélio, voto da Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-6-2009, Plenário, DJE de 21-8-2009.).

⁶ **Laurence Burgogue-Larsen/ Amaya Úbeda de Torres**, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Trad. Rosalind Greenstein, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 13-21.

⁷ Para uma crítica à atuação da Corte IDH, ver: **Kai Ambos/ María Laura Böhm**, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de derechos Humanos: Tribunal tímido y tribunal audaz?", in: Ambos/ Malarino/ Elsner (*supra* nota 3), p. 43-69.

⁸ Sobre o problema da vinculação dos Estados à jurisprudência da Corte IDH ver: **César Alfonso**, "La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del sur", in: Ambos/ Malarino/ Elsner (coord.) (*supra* nota 3), p. 63-79. Para uma crítica à jurisprudência da Corte IDH, ver: **Ambos/ Böhm** (*supra* nota 7), *passim*.

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”⁹

A inferência de um controle de convencionalidade a partir do direito internacional e da CADH é controversa (e nesse artigo não será tratada dessa questão, senão da obrigação de ter em consideração a jurisprudência da Corte IDH), sendo necessário, portanto, que se verifique a fonte de direito interno para verificar se é aceita, nesse âmbito, a submissão do direito interno ao direito internacional.

No caso brasileiro, embora o STF não tenha explicitado o papel do precedente da Corte IDH nos casos que envolvam normas de direitos humanos em que aplique a CADH, ele não reconhece a jurisprudência da Corte IDH como vinculante, ainda que a utilize em alguns casos¹⁰.

4. A vinculação do STF à jurisprudência da Corte IDH

Na falta de uma previsão explícita de vinculação na CADH, o problema da vinculação precisa ser resolvido a partir da interpretação das normas, no âmbito internacional, dos direitos humanos internacionais (da doutrina e da jurisprudência internacionalista) e, no âmbito interno, do direito nacional (do direito constitucional). Em todo caso, o direito nacional pode, independentemente de previsão na Convenção ou na jurisprudência da Corte IDH, estabelecer (por intermédio de sua Constituição ou legislação infraconstitucional, se a Constituição permitir) que a jurisprudência da Corte IDH é vinculante para os Tribunais nacionais.

⁹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, p. 124.

¹⁰ O mais conhecido caso de aplicação da CADH no Brasil é o da prisão civil do depositário infiel (analisado *infra*). No RE 511.961, a jurisprudência consultiva da Corte IDH foi expressamente citada na ementa: “JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso “*La colegiación obligatoria de periodistas*” - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos - OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009).” STF, RE 511.961, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 13.11.09.

5. A obrigação pelo STF de ter em consideração a jurisprudência da Corte IDH

De acordo com a atual orientação seguida pelo STF a Convenção Americana¹¹ possui o status de *supralegalidade*, estando, formalmente, em um plano inferior à Constituição, embora materialmente superior as demais leis do ordenamento jurídico¹².

No *leading case* relativo à prisão civil do depositário infiel (HC 87.585/TO e RE 466.343-SP), o STF reconheceu por maioria de 5 (cinco) votos que todos os tratados internacionais de direitos humanos (exceto os aprovados segundo o procedimento do § 3º do art. 5º da CF, que são formalmente constitucionais) possuem status *supralegal*¹³. Uma minoria, de 4 (quatro) votos, seguiu a tese do *status constitucional* dos tratados internacionais.

Inicialmente, o STF entendeu que o conceito de depositário infiel deveria ser interpretado restritivamente de modo a impedir que o alienante fiduciário pudesse ser equiparado ao depositário infiel para fins de prisão civil (hipótese excepcional de prisão civil, prevista pela CF em seu Art. 5º “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”) em face da norma mais benéfica existente na Convenção Americana de Direitos Humanos (Art. 7º, “7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”, que veda a prisão civil em qualquer hipótese, exceto a do devedor alimentar).

¹¹ A CADH entrou em vigor no direito interno do Brasil somente em 1992, posteriormente, portanto, a entrada em vigor da CF de 1988 e antes da entrada em vigor da EC/45 de 2004.

¹² No Brasil, a partir da EC/45 (“Art, 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”) passou a ser reconhecido o *status constitucional* dos tratados aprovados por maioria qualificada equivalente ao previsto para o processo de reforma constitucional. Passou-se a diferenciar na jurisprudência, contudo, para fins de determinação do status dos tratados, três momentos: 1) os tratados de direitos humanos em vigor antes da Constituição de 1988; 2) os tratados de direitos humanos que entraram em vigor depois da vigência da Constituição de 1988 e até a vigência da EC/45 de 2004; 3) os tratados de direitos humanos que entraram em vigor depois da EC/45 de 2004: 3.1) aprovados com a respectiva maioria qualificada, que têm, indiscutivelmente, *status constitucional*; 3.2) aprovados sem a maioria especial, cujo *status* não fora expressamente explicitado pela norma constitucional. Sobre o tema na doutrina ver: **Flávia Piovesan**, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95-165.

¹³ “(...) desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o DL 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC (Lei 10.406/2002).” (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009, com repercussão geral.). No mesmo sentido: HC 98.893-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 9-6-2009, DJE de 15-6-2009; RE 349.703, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009. Em sentido contrário: HC 72.131, Rel. p/ o ac. Min. Moreira Alves, julgamento em 23-11-1995, Plenário, DJ de 1º-8-2003. Vide: HC 84.484, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-11-2004, Primeira Turma, DJ de 7-10-2005.

Logo em seguida, contudo, o STF foi mais longe e impediu a prisão civil do depositário infiel para outros casos¹⁴, tornando inaplicável, embora sem revogá-lo, o disposto no art. 5º, LXVII em face da norma mais favorável aos direitos humanos prevista no art. 7, 7º da Convenção, como do depositário infiel judicial, e, por fim, acabou editando a súmula vinculante 25, que impediu a prisão civil do depositário infiel em qualquer hipótese¹⁵.

A antinomia entre a súmula vinculante 25 do STF e o art. 5º, LXVII é evidente. Para resolver essa antinomia, o STF afirmou que a prisão civil seria uma mera faculdade do legislador, que, caso não a regulasse, seria, de qualquer modo, inaplicável e não haveria uma obrigação para o legislador de a regular, o que a tornaria, então, vigente e válida, embora inaplicável¹⁶. Desse modo, não teria havido revogação do art. 5º LXVII da CF que apenas tornou inaplicável a prisão civil do depositário infiel em face da norma mais favorável da Convenção Americana.

Com efeito, ao entender que a Convenção, caso seja mais favorável aos direitos humanos, torne inaplicável expressa disposição constitucional, o STF tornou possível, no direito interno, que as normas de direitos humanos internacionais, notadamente da CADH, tenham uma eficácia diferenciada no direito brasileiro, tornando inaplicável até mesmo norma constitucional originária.

Portanto, embora reconheça formalmente o *status de supralegalidade* da Convenção Americana, a jurisprudência do STF, especialmente depois da edição da súmula vinculante nº 25, evidencia que a Convenção possui um status diferenciado com consequências mais profundas do que o derivado do simples reconhecimento da supralegalidade: a Convenção Americana pode tornar inaplicável norma constitucional originária restritiva de direitos fundamentais desde que mais favorável aos direitos humanos.

Em todo caso, o status supralegal da Convenção reconhecido pelo STF a situa como direito *nacional vigente e válido*, que deve ser interpretado por todos os Tribunais, inclusive pelo próprio STF, que, embora vinculado à Constituição em primeiro lugar, deve também

¹⁴ “*Habeas corpus*. Prisão civil. Depositário judicial. A questão da infidelidade depositária. Convenção Americana dos direitos humanos (...). Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Pedido deferido. Ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel. Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes.” (HC 90.450, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009).

¹⁵ A CF prevê expressamente, em seu art. 5º, que “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. A súmula vinculante 25 do STF, porém, prevê que “é ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.” STF, súmula vinculante 25, Sessão Plenária de 16/12/2009, DJe nº 238 de 23/12/2009, p. 1.

¹⁶ “A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.” (HC 87.585, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 26-6-2009.) No mesmo sentido: [HC 94.307](#), Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 19-2-2009, Plenário, DJE 6-3-2009; [HC 92.356](#), Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 10-2-2009, Primeira Turma, DJE de 13-3-2009; [HC 96.118](#), Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 3-2-2009, Primeira Turma, DJE de 6-3-2009; [HC 94.090](#), Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 16-12-2008, Primeira Turma, DJE de 17-4-2009; [HC 95.120](#), Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 11-11-2008, Segunda Turma, DJE de 14-8-2009; [HC 88.240](#), Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-10-2008, Segunda Turma, DJE de 24-10-2008. Em sentido contrário: [HC 72.131](#), Rel. p/ o ac. Min. Moreira Alves, julgamento em 23-11-1995, Plenário, DJ de 1º-8-2003.

obediência à lei, que se presume constitucional, especialmente se goza de status supra legal e específica direitos fundamentais previstos pela Constituição, integrando um bloco de constitucionalidade.

O reconhecimento do Brasil como um Estado-Parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o conseqüente reconhecimento da vigência da CADH como norma de direito interno e internacional tornam a aplicação da CADH cogente no âmbito interno enquanto aplicação de norma vigente integrante do ordenamento jurídico nacional. A norma é, portanto, válida, vigente e vinculante para o Brasil no âmbito internacional e nacional. Portanto, ainda que não seja diretamente vinculante para os tribunais nacionais, deve servir como um parâmetro normativo (embora também científico)¹⁷ das fontes normativas de direitos humanos também aplicáveis pelo direito nacional.

A obrigação de o STF (e os demais tribunais nacionais) fundamentar seus acórdãos na interpretação dos direitos humanos pela Corte IDH decorre da sua: 1) *dupla ou múltipla vigência*¹⁸ ou *identidade da fonte normativa*, tanto o STF quanto a Corte IDH interpretam a Convenção como fonte vigente e válida de direito, nacional e internacional, respectivamente; 2) *institucionalidade*: é reconhecida oficialmente pelo Estado brasileiro como a última instância, no direito internacional, para interpretar a Convenção Americana, norma que também é vigente no direito brasileiro; 3) *vinculação do Estado perante o direito internacional*: o Brasil (embora não o STF) está obrigado a respeitar essas decisões, que, pelo menos no âmbito internacional, são vinculantes e cogentes¹⁹; 4) *interpretação mais protetiva*, uma interpretação mais protetora dos direitos humanos a partir do controle de convencionalidade deveria ser aplicada, se compatível com a Constituição, ou, pelo menos, levadas em consideração pelo STF na fundamentação de seus acórdãos.

6. A dupla vigência e o papel da Corte IDH

A CADH é uma norma vigente tanto no âmbito nacional como no âmbito regional (internacional). A Corte IDH é o órgão competente, no plano internacional, para aplicar a CADH (Art. 62-62 da CADH); O STF é o órgão competente para, no plano nacional, interpretar a Constituição em última ou única instância no controle difuso ou concentrado de constitucionalidade (art. 102 e seg. da CF).

¹⁷ Cfr. **Jeremy Waldron**, "Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*", in: *Harvard Law Review*, Vol. 119, No. 1 (Nov. 2005), pp. 129-147.

¹⁸ Cfr. **Waldron** (nota *supra* 2), pp. 120-123 e **Neuman** (*supra* nota 2), pp. 1864-1872.

¹⁹ Cançado Trindade informa que: "ao ratificarem os tratados de direitos humanos os Estados Partes contraem, a par das obrigações convencionais atinentes a cada um dos direitos protegidos, também *obrigações gerais* da maior importância, consignadas daqueles tratados. Uma delas é a de respeitar e *assegurar o respeito* dos direitos protegidos – o que requer medidas positivas por parte dos Estados – e outra é de *adequar o ordenamento jurídico interno* à normativa internacional de proteção. Esta última requer que se adote a legislação necessária para dar efetividade às normas convencionais de proteção, suprimindo eventuais lacunas no direito interno, ou então que se alterem disposições legais nacionais com o propósito de harmonizá-las com as normas convencionais de proteção – tal como requerido pelos tratados de direitos humanos.", **Antônio Augusto Cançado Trindade**, *O Direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio 1972-2001)*, Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002, p. 649-650.

Ao aplicar a Constituição, o STF deve interpretar os direitos fundamentais e não pode escolher, aleatoriamente, quais normas deve tomar em consideração. A vigência da CADH no Brasil obriga a que o STF interprete o texto da Convenção toda vez que um dos seus dispositivos for aplicável a um caso, obrigação que deriva da própria Constituição, o que foi reconhecido, implicitamente, pelo STF ao reconhecer status supralegal à Convenção e explicitamente nos mencionados casos da prisão do depositário infiel e da liberdade de profissão no caso da exigência de diploma para jornalista.

A Constituição brasileira confere, expressamente, primazia aos direitos humanos internacionais, especialmente em relação aos países da América, ao prever: 1) a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito no Brasil (art. 1º, III da CF); 2) como objetivo do Estado constituir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF); 3) a prevalência dos direitos humanos na ordem internacional (art. 4º, II);²⁰ 4) a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (Art. 4º, § único); 5) uma cláusula de extensão dos direitos humanos internacionais para que fossem incorporados como direitos fundamentais (Art. 5º, § 2º da CF); 6) uma cláusula de incorporação de direitos humanos internacionais como direitos formalmente constitucionais (Art. 5º, § 3º da CF); 7) competência especializada na Justiça Federal para as causas que envolvam direitos humanos internacionais após procedimento de deslocamento de competência (Art. 109, V c/c § 5º da CF); 8) a meta de criação de um tribunal internacional de direitos humanos em suas disposições transitórias (Art. 7º do ADCT da CF).

A CADH passou a integrar o direito brasileiro a partir da vigência do decreto 678/92. O STF, enquanto guardião da Constituição, deve dar eficácia às normas que preveem a primazia conferida aos direitos humanos. O reconhecimento da competência jurisdicional de um tratado de direitos humanos da América torna necessário que seja, pelo menos, levada em consideração a interpretação dos direitos humanos internacionais pela Corte regional cuja jurisdição fora reconhecida pelo Brasil. O STF tem, portanto, a obrigação constitucional de aplicar a Convenção sempre que for o caso e de ter pelo menos em consideração a

²⁰ O STF ressaltou a importância desse princípio em várias situações: "Extradicação e necessidade de observância dos parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e do respeito aos direitos humanos. CB, arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º. Tráfico de entorpecentes. Associação delituosa e confabulação. Tipificações correspondentes no direito brasileiro. (...) Obrigação do STF de manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos. Informações veiculadas na mídia sobre a suspensão de nomeação de ministros da Corte Suprema de Justiça da Bolívia e possível interferência do Poder Executivo no Poder Judiciário daquele país. Necessidade de assegurar direitos fundamentais básicos ao extraditando. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o Estado a guardar-lhes estrita observância. Direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição (art. 60, § 4º). (...) Em juízo tópico, o Plenário entendeu que os requisitos do devido processo legal estavam presentes, tendo em vista a notícia superveniente de nomeação de novos ministros para a Corte Suprema de Justiça da Bolívia, e que deveriam ser reconhecidos os esforços de consolidação do Estado Democrático de Direito naquele país." (Ext 986, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-8-2007, Plenário, DJ de 5-10-2007.) No mesmo sentido: "No Estado de Direito Democrático, devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. (...) A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem." HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.

jurisprudência da Corte IDH, fundamentando sua eventual e excepcional divergência com base na Constituição nacional.

7. A fundamentação dos acórdãos do STF e a jurisprudência da Corte IDH: a identificação da jurisprudência da Corte IDH

Para detalhar como poder proceder-se a consideração da jurisprudência da Corte IDH pelo direito nacional, se for o caso, como ocorre quando o STF está interpretando a CADH, propomos aqui a realização desse processo em 4 (quatro) etapas conforme defendido pelo Procurador Geral da Argentina no caso Acosta, conforme explicado e detalhado por MALARINO, com algumas alterações.

Segundo *Malarino*, “a fin de cumplir el deber de tener en consideración la jurisprudencia de los órganos interamericanos de derechos humanos los tribunales nacionales deberían al tomar sus decisiones proceder con arreglo a los siguientes pasos:”²¹

- a) identificação da jurisprudência; 2) identificação da doutrina da jurisprudência; 3) aplicabilidade da doutrina ao caso concreto; 4) compatibilidade da doutrina com o ordenamento jurídico constitucional.²²

No caso da aplicação de um texto normativo de direitos fundamentais, previsto pela Constituição, conjuntamente com um texto de direitos humanos internacionais previsto pela CADH, deveria ser dividido em duas fases, explicitadas para fins didáticos: I. em primeiro lugar deveria ser feito a identificação (1) do texto normativo da Constituição aplicável ao caso, seguida da identificação (2) da jurisprudência, (3) da doutrina da jurisprudência e (4) da sua aplicabilidade ao caso concreto. Em seguida, seria identificado: II: o texto normativo convencional previsto pela CADH aplicável ao caso (1), seguido da jurisprudência (2.1) do STF e da (2.2) Corte IDH sobre a norma convencional, da (3) doutrina da jurisprudência do (3.1) STF e da (3.2) Corte IDH e (4) da sua aplicabilidade ao caso concreto e (5) da compatibilidade da doutrina da jurisprudência da Corte IDH com a Constituição.

No caso da anistia, p. ex., em que houve divergência frontal entre a decisão da Corte IDH (que decidiu pela invalidade da anistia em favor dos autores de crimes contra a humanidade durante o período da ditadura militar brasileira) e o STF (que declarou a constitucionalidade da mesma lei de anistia), o STF deveria na primeira fase (I): 1) identificar o texto normativo da Constituição (dignidade, igualdade, princípio republicano etc.); 2) identificar a jurisprudência do STF sobre a anistia e os direitos fundamentais correlacionados (dignidade, igualdade, princípio republicano etc.); 3) identificar como a doutrina interpreta as anistias e os referidos direitos fundamentais; 4) identificar se a doutrina da jurisprudência sobre anistias e direitos fundamentais (dignidade, igualdade etc.) é aplicável ao caso da anistia concedida pelos militares.

Em seguida, na segunda fase (II), seria identificado: (1) o texto normativo convencional previsto pela CADH aplicável ao caso, arts. 1.1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 13, 8 e 25 da CADH; seguido da jurisprudência (2.1) do STF sobre referidos artigos da CADH e da (2.2) Corte IDH sobre os

²¹ *Malarino* (*supra* nota 3), p. 443.

²² *Malarino* (*supra* nota 3), pp. 443-445.

mesmos (os diversos precedentes sobre anistia previstos pela Corte IDH)²³; da (3) doutrina da jurisprudência do (3.1) STF sobre a interpretação da CADH e da (3.2) Corte IDH sobre anistias; (4) a aplicabilidade ao caso concreto dos precedentes sobre anistia ou da eventual existência de diferenças que afastem a aplicação dos precedentes; e (5) da compatibilidade da doutrina da jurisprudência da Corte IDH com a Constituição.

Uma vez interpretada a CADH e a Constituição podem ser identificadas divergências entre a interpretação do STF e da Corte IDH. No caso da anistia, por exemplo essa divergência é evidente. O STF não está vinculado diretamente à interpretação da Corte IDH, mas deve tê-la em consideração e para resolver esse tipo de conflito o direito internacional e comparado vem desenvolvendo algumas normas para que o conflito seja solucionado, somente se mantendo a contradição em casos excepcionais.

8. A divergência entre Corte Nacional (o STF) e a Corte IDH: princípios aplicáveis para a solução do impasse

Em caso de incompatibilidade entre a CADH na interpretação da Corte IDH e do STF e sua jurisprudência, o STF deverá resolver o conflito através das normas de interpretação que possibilitam a conciliação entre direitos humanos internacionais e fundamentais nacionais, aplicando: a) o princípio da interpretação mais favorável ao tratado internacional de direitos humanos (*Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit*)²⁴; 2) o princípio da harmonização entre direitos internacional e nacional; 3) o princípio *pro homine*, previsto pela CADH, que prevê a aplicação da norma mais favorável à vítima.²⁵

Caso não seja possível a conciliação, o STF deverá julgar, em último caso, a incompatibilidade da interpretação da CADH pela Corte IDH com a Constituição e poderá, então, deixar de aplicar a jurisprudência da Corte IDH. Nesse caso, a jurisprudência da Corte IDH pode ser considerada um ato *ultra vires* pelo STF, mas, a priori, a obrigatoriedade do Estado brasileiro perante o direito internacional permanece com as sanções daí advindas e, em caso de descumprimento, o conseqüente enfraquecimento do sistema regional de direitos humanos.

9. Conclusão

A proliferação de tratados internacionais e dos respectivos órgãos internacionais (judiciais e extra-judiciais) de aplicação tem aumentado as zonas de atrito com o direito nacional e seus respectivos órgãos judiciais e extra-judiciais. Especialmente importante é o aumento da zona

²³ Cfr. caso “Velásquez Rodríguez”, Corte IDH 1988, (ser. C), Nº 4, para. 175 (29 de Julho de 1988); caso “Barrios Altos” (Chumbipuma Aguirre et al. V. Peru), 2001, Corte IDH (ser. C), Nº 75, (14 de Março de 2001); “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (2006), “Masacre de la Cantuta vs. Peru” (2006) e “Masacre de la Rochela vs. Colômbia” (2007).

²⁴ Cfr. BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Absatz-Nr. (1 - 178), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.htm, acesso em 15 outubro de 2012.

²⁵ Sobre o tema, em português, ver: Valério de Oliveira Mazzuoli, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 227-228. Ver também: Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, in: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número 39 Enero-Junio, Año 2004, pp. 71-99.

de atrito entre Cortes Constitucionais ou Supremos Tribunais e as Cortes Regionais de Direitos Humanos ou, no caso brasileiro, entre STF e Corte IDH. Os conflitos advindos dessa nova realidade impõem uma solução além da tradicional oposição entre monismo e dualismo em face da existência de uma nova realidade pluralista. A “implementação de obrigações internacionais e das sentenças internacionais é um valor em si mesmo”²⁶ que deve ser reconhecido pelos Tribunais Nacionais.

Neste novo modelo, é necessário que haja um sistema de cooperação recíproca entre órgãos nacionais e internacionais. As Cortes Constitucionais, por sua vez, devem ter uma postura mais aberta em relação ao direito internacional, conforme o princípio da interpretação mais favorável ao direito internacional.

No caso do direito brasileiro, em relação ao sistema interamericano, a necessidade de abertura e tentativa de conciliação da interpretação nacional com o direito internacional e, mais precisamente, da interpretação pelo STF da CADH e pela Corte IDH da CADH, a própria Constituição e a Convenção já preveem princípios para a solução de controvérsias. A obrigação de interpretar a CADH e levar em consideração a jurisprudência da Corte IDH é uma obrigação decorrente da Constituição e da adesão à CADH e reconhecimento da jurisdição regional.

Toda vez que houver uma divergência na interpretação da CADH entre STF e o Corte IDH, o STF deve aplicar referidos princípios. Somente excepcionalmente, em caso de impossibilidade de conciliação da interpretação da CADH com a Constituição, é que o STF deve deixar de aplicar a CADH, podendo decidir, eventualmente, que a Corte IDH praticou um ato *ultra vires*.²⁷ Nessa situação, se o Estado brasileiro continua, por um lado, juridicamente obrigado no âmbito internacional, a efetividade das decisões da Corte IDH, por outro lado, dependem de seu conteúdo e é necessário que ela não extrapole os seus limites, sob pena de perder parte de sua legitimidade e de sua autoridade.

²⁶ Tradução livre de parte do autor do original (Andreas L. Paulus, “From dualism to pluralism: the relationship between international law, European law and domestic law”, in: Bekker/ Dolzer/ Waibel (ed.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 153): “On the other hand, the implementation of international obligations and of international adjudication constitutes a value in itself that is recognized both by the US and the German Constitutions. Digressions must therefore be exceptional and reserved for extreme cases. Thus, I will not hide my preoccupation with suggestions that domestic courts should preserve an option of noncompliance` with international obligations or could rely on a domestic *ordre public* for not implementing international decisions. I am also concerned about the parochial European human rights absolutism of the ECJ that ultimately helps neither human rights nor collective interests. Rather, courts must try to accommodate different legal systems while preserving their distinctness. Dialogue, however, presupposes open engagement with other legal systems.”

²⁷ Sobre o ato *ultra vires*, ver a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, especialmente: BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, Absatz-Nr. (1 - 116), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106.html, BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1 - 421), http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html, BVerfG, 2 BvL 1/97 vom 7.6.2000, Absatz-Nr. (1 - 69), http://www.bverfg.de/entscheidungen/lS20000607_2bvl000197.html - acesso em 10 de outubro de 2012.

Intercambio epistolar con el Prof. Dr. Günther Jakobs – Preguntas y respuestas sobre el Derecho Penal del Enemigo (Cartas del 1 y el 7 de febrero de 2005)*

1. Carta de los estudiantes de Hamburgo al Prof. Dr. Günther Jakobs

Hamburgo, 1.02.2005

Estimado Sr. Professor Jakobs,

somos estudiantes de la Universidad de Hamburgo y en el marco del Programa de Posgrado en Criminología participamos del seminario “Seguridad y Libertad – Derecho Penal del Enemigo y Criminología”, dirigido por el Prof. Dr. Fritz Sack y el Dr. Jürgen Kühling. Materia de estudio del seminario fueron, entre otros, sus textos:

- *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung vor der Herausforderung der Gegenwart* (ZStW 97 (1985), p. 75).¹

- *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor der Herausforderung der Gegenwart (Kommentar)*, en: Albin Eser, Winfried Hassemer y Björn Burckhardt (comp.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick, Dokumentation einer Tagung vom 3.-6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, München 2000, S. 47-56* (cit.: Doc 2000).²

* Traducidas del alemán por la Dra. María Laura Böhm. Agradezco al Prof. Dr. Günther Jakobs y al Prof. Dr. Fritz Sack por la autorización dada a esta traducción y publicación. Siendo fiel a un pedido del primero, cumplo en indicar que sus ideas continuaron siendo desarrolladas y que la exposición más actual del tema por su parte fue recientemente publicada en la siguiente obra: Esteban Mizrahi, *Los presupuestos filosóficos de Derecho Penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs*, Buenos Aires: Universidad Nacional de la Matanza, 2012. Por otra parte, me permito señalar que en una entrevista que hemos realizado (GLIPGö) en el año 2011 al profesor Jakobs, tuvimos oportunidad de conversar sobre este intercambio epistolar, por lo que dicha entrevista también puede leerse como complemento y actualización de lo aquí presentado. La misma se encuentra disponible en internet en el *Boletín Semestral GLIPGö* Nro. 3 (mayo 2012, pp. 27-31). Agradezco las valiosas sugerencias realizadas por los participantes del curso de posgrado *Problemas actuales en la Criminología y las Políticas Criminales* (Universidad de Buenos Aires, mayo de 2013), con quienes hemos discutido sobre estas cartas con base en un primer bosquejo de su traducción, el cual gracias a estas intervenciones se vio fuertemente mejorado.

¹ NdeT: Versión en castellano (trad. Enrique Peñaranda Ramos): “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en: Günther Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Civitas/UAM, 1997, 293-324.

² NdeT: Versión en castellano (trad. Teresa Manso Porto): “La ciencia penal ante los retos del futuro”, en: Eser/Hassemer/Burckhardt (comp.), *La Ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, edición en español a cargo de F. Muñoz Conde, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, 53-71.

- *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, HRRS 2004, p. 88³

Sus tesis sobre el Derecho Penal del Enemigo han sido de gran interés para nosotros y han generado intensos debates – también entre los dos docentes –. Han quedado preguntas sin respuesta y aspectos críticos siguen siendo controvertidos. Formulamos esta carta fundamentalmente para ganar nosotros mismos claridad sobre lo leído y establecer una base sólida para continuar la discusión. El resumen del contenido esencial de sus ideas, presentado en la primera parte (I), sirve para asegurarnos de que la comprensión ha sido correcta. A continuación (II) hemos formulado las preguntas que se han generado durante las discusiones. En el final (III) se señalan los puntos de crítica sobre los que, en general, nos hemos podido poner de acuerdo.

Al escoger el formato de carta para dirigirnos a Usted hemos intentado – al dedicarnos a sus textos – tratar la cuestión tal como su importancia y su trascendencia lo requieren. Al mismo tiempo guardamos la esperanza de que para Usted sea interesante recibir nuestras ideas e incluso tal vez desee darnos una respuesta. Por supuesto que esto nos alegraría mucho.

I. Resumen

Usted describe dos “tipos ideales” del Derecho Penal: el Derecho Penal del Ciudadano y el Derecho Penal del Enemigo. Ambos se encuentran en el Derecho Penal vigente.

El Derecho Penal del Ciudadano se caracteriza por el trato que se da al ofensor, quien es tratado como persona. Su personalidad se basa en la expectativa de que él se comportará, en líneas generales, como ciudadano, es decir, fiel al derecho. La coerción penal es aquí portadora de significado. Se ejerce como interacción simbólica que sirve a la conservación de la vigencia de la norma. Mediante el hecho delictivo la vigencia de la norma es puesta en cuestión. Las normas sólo determinan una sociedad cuando su cumplimiento en general es esperable. Quien infringe el derecho daña la vigencia de la norma. Mediante la pena debe eliminarse este daño y debe afirmarse la expectativa de la sociedad en el cumplimiento de la norma. El Derecho Penal del Ciudadano optimiza esferas de libertad.

El Derecho Penal del Enemigo tiene aplicación respecto de ofensores que en forma permanente decepcionan la expectativa en su comportamiento individual, quienes no reconocen al orden jurídico en general. Por eso con ellos no tiene sentido la interacción simbólica respecto de la vigencia de la norma. No son tratados como ciudadanos o como personas, sino que son combatidos como enemigos. En este sentido, el Derecho Penal sirve únicamente para el aseguramiento de la sociedad frente a delitos futuros. Elementos de Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Penal vigente son todas las medidas que infligen coacción a los (presuntos) ofensores, como por ejemplo la prisión preventiva, el aislamiento, pero también las medidas que quedan encubiertas, como la vigilancia de las telecomunicaciones. El Derecho Penal del Enemigo optimiza la protección de los bienes jurídicos.

³ NdeT: Una versión similar al texto aquí señalado es la siguiente publicación en castellano: “Derecho Penal del Enemigo”, en: Jakobs/ Cancio Meliá: *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid: Civitas, 2003, 19-56.

En el derecho penal material la custodia de seguridad es un elemento notorio del Derecho Penal del Enemigo. Otros ejemplos se encuentran en el ámbito de la criminalización anticipada. Con el asentamiento del umbral de punibilidad en una etapa previa a la real lesión del bien jurídico se pretende proteger al bien jurídico cada vez en un estadio más temprano de la puesta en peligro, es decir, lo antes posible. Para ello, sin embargo, el Estado se entromete en la esfera de lo privado, por ejemplo al penalizar contactos sociales que tienen lugar de común acuerdo como el concertar la comisión de un delito. Esto no es compatible con un Derecho Penal liberal. Hay un ámbito interno mínimo, sólo privado, socialmente irrelevante, en el cual el Estado no tiene permitido inmiscuirse. Y si lo hace, está tratando a la persona afectada ya no más como un ciudadano, sino como enemigo. La captación penal de actividades previas es por lo tanto un ejemplo de Derecho Penal del Enemigo. Sin embargo, hay ámbitos en los cuales el Derecho Penal del Ciudadano también tiene permitido intervenir en estadios previos, ejemplos: Delitos de peligro (tránsito vehicular), “Injusto parcial” en casos de bienes jurídicos que ameritan especial protección (amenazas (§ 241 StGB), amenazas de hechos punibles (§126 StGB)).

Las ideas centrales pueden reducirse a las siguientes tesis. En caso de contradicción, se han agregado los años de la respectiva publicación:

- *El Derecho Penal del Enemigo no corresponde al Código Penal.*
- *El Derecho Penal del Enemigo es irreconciliable con un Estado liberal (1985).*
- *El Derecho Penal del Enemigo únicamente puede ser legítimable como un Derecho de Emergencia vigente excepcionalmente (1985).*
- *Ambas perspectivas tienen, de acuerdo al ámbito, un lugar legítimo (2004).*
- *El Estado no puede tratar al Enemigo como Persona, porque de ese modo lesionaría el Derecho a la Seguridad de las víctimas potenciales (2004).*

II. Preguntas

1. *Ha quedado abierta, ante todo, la pregunta en cuanto a si sus manifestaciones sobre el Derecho Penal del Enemigo son meramente descriptivas o si Usted entiende al Derecho Penal del Enemigo como básicamente necesario y legítimo. En sus textos pueden encontrarse fragmentos que avalan tanto la una como la otra alternativa.*
2. *El concepto de “legitimidad” que Usted utiliza, ¿es equiparable con el de “conformidad constitucional”? En caso negativo, ¿con qué es entonces equiparable?*
3. *¿La protección del bien jurídico en forma preventiva es desde su perspectiva sólo un fin secundario del Derecho Penal?*
4. *¿Es suficiente que la norma tenga la función de fomentar la identidad de la sociedad, es suficiente es el carácter de fomento identitario de una norma, para que su lesión – mediante la ocurrencia de un daño a la vigencia de la norma – deba ser sancionada penalmente?*

III. Críticas

Las posturas críticas de *Hettinger* (Reseña del Doc 2000: Internet-Homepage), *Eser* (Doc 2000, p. 437), *L. Schulz* (ZStW 112/3 <2000>, p. 653), *Schünemann* (Doc 2000, p. 205) y *Hoerster* (ZRP 1999, p. 215⁴) fueron objeto del curso. Como continuación de ellas quisiéramos resaltar los siguientes aspectos:

1. La Constitución sólo conoce al ciudadano dotado de dignidad humana y derechos fundamentales. Con el concepto “enemigo” esto se desconoce o, al menos, se encubre. Constitucionalmente ya la elección terminológica resulta chocante.
2. Entre las tareas de la ciencia jurídico-penal debería ubicarse también la pregunta por los límites constitucionales de la punición. En ninguno de los artículos estudiados se menciona este aspecto, aunque él mismo lo imponga.
3. Con la marginalización de la protección del bien jurídico y de la prevención en el Derecho Penal Usted se aleja de la base de legitimación jurídico-constitucional del Derecho Penal, ya que las intromisiones del Derecho Penal en la libertad y en la propiedad sólo pueden estar justificados por la protección de derechos de terceros o de bienes comunes importantes.

El tratamiento de sus textos, muy estimado Sr. Professor Jakobs, fue para nosotros una excelente materia de estudio. Sus ideas han despertado nuestro interés por las cuestiones fundamentales del Derecho Penal, fueron el puntapié inicial para debates demasiado fervientes y, finalmente, también han sido esclarecedoras. Le agradecemos todo esto. Para concluir nos permitimos la consulta de si Usted estaría dispuesto a dar una conferencia, aquí en Hamburgo, sobre el ámbito temático Derecho Penal del Enemigo – Derecho Penal del Ciudadano. Llegado el caso nosotros organizaríamos los detalles con la administración de la Universidad.

Saludos cordiales,

(Nombres de los estudiantes que firmaron la carta)

3. Respuesta del Prof. Dr. Günther Jakobs a los estudiantes de Hamburgo

St. Augustin, 7.2.2005

Estimadas compañeras, estimado compañero,

les agradezco profundamente su carta del 1.2.2005. Me alegra que se ocupen de mis tesis, sobre todo porque esto sucede de una manera muy pero muy lúcida. Contra su resumen (p. 2) no tengo objeción alguna, en todo caso únicamente notas marginales. Antes de adentrarme en

⁴ NdeT: Los trabajos de *Hettinger*, *Eser* y *Schünemann* aquí mencionados se encuentran asimismo publicados en la obra colectiva coordinada en castellano por el profesor Francisco Muñoz Conde (*supra* nota 2), la cual traduce y reúne las contribuciones de los profesores que participaron en aquella Jornada del cambio de milenio. Los trabajos de *Schulz* y *Hoerster* lamentablemente no se encuentran disponibles en castellano.

las preguntas concretas y en la crítica, me permito dos observaciones preliminares, al mismo tiempo como PG⁵ de la respuesta.

1) El concepto del Estado de Derecho tiene un lado formal (vinculación legal) y uno material (libertad); ambos pueden ser realizados en la sociedad moderna sólo de forma democrática. Pero esto es primeramente sólo el concepto del Estado de Derecho. La pregunta sobre si el Estado de Derecho se hace realidad, o sea si tiene lugar y dirige la orientación de los ciudadanos tanto como la de los funcionarios, sigue sin estar respondida. Como ejemplo: en la época nacionalsocialista el concepto del Estado de Derecho no era otro, pero de este concepto no se realizaba nada, más bien se perdió aquello que en Weimar (en forma parcial) se había podido realizar.

Hasta qué punto puede realizarse el concepto del Estado de Derecho, depende (en forma absolutamente independiente de las condiciones económicas) internamente de la postura de los ciudadanos, y externamente “del resto del mundo”. Si, por ejemplo, los ciudadanos quieren principalmente la seguridad de los bienes, esto cuesta, precisamente, libertad, y si – por ejemplo – grupos radicales desde afuera se filtran en el Estado, tampoco puede permanecer en la máxima “libertad para todos”, salvo que se acepte el peligro de que el Estado como poder del orden se vea completamente erosionado. En breve, un Estado de Derecho no puede ser realizado idealmente bajo cualquier circunstancia; pero esto no significa que por eso – por debajo del ideal – pierda su valor.

2) También sobre la PG de la persona permítaseme una observación: Una persona es persona porque tiene derechos y obligaciones. Este es su concepto, y cómo se hace realidad este concepto, es, también aquí, una cuestión aparte. Como toda entidad normativa, así también una persona es real si dirige sus acciones de acuerdo a la orientación dada. No se dice nada sobre la realidad de la persona si sólo se piensa una interrelación normativa, más bien esta tiene también – al menos en líneas generales – que determinar los contactos comunicativos. Una entidad normativa sólo puede determinar la orientación si está de alguna manera apuntalada: Si bien una expectativa normativa también se sostiene contrafácticamente, nadie puede vivir contrafácticamente.

Ahora bien, una persona puede perder el soporte cognitivo porque – por ejemplo a causa de opresión estatal – no tiene chance alguna de demostrar su calidad de persona. A modo de ejemplo: como proscrito apenas es posible adaptarse en un contexto personal. Pero el soporte cognitivo también falta si la persona misma una y otra vez no cumple con lo que se pretende de ella. La personalidad no es algo que se concede unilateralmente por el Estado – esa exactamente sería una penosa representación de la superioridad estatal. Más bien la persona debe “co-operar”. Puede cometerse un delito, pero quien en forma permanente torpedea su estatus de persona, debe perderlo: Nadie racional o simplemente sensato puede seguir presuponiendo que si sigue orientándose por la personalidad va por el buen camino.

⁵ NdeT: En alemán es habitual referirse a la Parte General de un asunto o tema como “AT”, lo que es *Allgemeiner Teil*: Parte General, por eso utilizo aquí la sigla “PT”. La contraparte es la “BT”, o sea *Besonderer Teil*, o Parte Especial en castellano, que en el caso del derecho penal hace referencia, como en los códigos de habla hispana también sucede, a los delitos en particular.

Ahora a las preguntas:

1) *El Derecho Penal del Enemigo existe; de esta expresión descriptiva no se puede escapar. El Derecho Penal del Enemigo es, de acuerdo al concepto del Estado de Derecho, deficitario y por eso sólo legítimo, pero legítimo al fin, cuando de otra manera, o sea sin Derecho Penal del Enemigo, deben temerse aún mayores pérdidas a la condición del Estado de Derecho. Dicho en forma drástica, también una víctima que es dejada sin protección, es despersonalizada.*

2) *Legitimidad es más que conformidad constitucional; también la Constitución debe ser legítima. Legítimo es lo que se corresponde con el espíritu objetivo, o sea, en la Modernidad: lo que asegura en forma permanente la libertad.*

3) *Fin de la pena es el sostenimiento de la vigencia de la norma. En sus espaldas los bienes jurídicos son llevados de forma segura. Para mayores detalles anexo una copia de un artículo que recientemente he escrito sobre el tema⁶.*

4) *Hay equivalentes funcionales a la pena, que – ¡eventualmente! según la situación – son preferibles.*

Algo sobre los puntos de crítica:

1) *Esta afirmación – como ya he señalado – la considero propia de una idea de superioridad estatal: El Estado (o el orden jurídico) define al ciudadano, y éste no se sustrae al estatus conferido. Independientemente de esto, expectativas normativas no se dejan sostener contrafácticamente en forma arbitraria.*

2) *Primero me permito referirme al comentario a la 3ra pregunta. Y sobre eso: Si en la práctica fuera de alguna manera posible, el Estado puede dejar abierta al enemigo la posibilidad de una re-ciudadanización. Eso lo he señalado en reiteradas ocasiones.*

3) *El peligro es visto correctamente. Pero de todo puede abusarse, también del Estado de Derecho, como se puede ver por ejemplo en numerosas defensas en asuntos del derecho penal económico. De lo que más se puede abusar es de la libertad. ¿Sería ese un motivo para “derogarla”?*

4) *Me permito referirme a la respuesta a la 2da. pregunta.*

En lo que respecta, para concluir, a una conferencia en su Universidad en Hamburgo, estoy en principio predispuesto con agrado, pero sobre el tema “Derecho Penal del Enemigo – Derecho Penal del Ciudadano” en este momento sólo podría repetirme. Todas las críticas hasta el momento las considero apresadas en idealismos (así también su crítica, como con seguridad han advertido en mi respuesta) o como el resultado de una lectura demasiado selectiva (de lo que ustedes se han librado magistralmente). ¿Qué tal sería con el tema “Moderna

⁶ NdeT: Jakobs se refiere al texto: *Staatliche Strafe – Bedeutung und Zweck* (Paderborn/München/Wien/Zürich, 2004. En castellano (trad. M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez): *La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid: Thomson-Civitas, 2006.

investigación neuronal e imputación penal"? Sobre esto hablaré, dicho sea de paso, el 9.4.2005, 14:30 hs, en la Uni Hamburg frente a la Sociedad para la Nueva Fenomenología.

Con un renovado agradecimiento por su gran entendimiento y su interés, así como con el pedido de enviar mis saludos a sus docentes, los señores Sack y Kühling tan apreciados por mí, los saludo de la mejor manera,

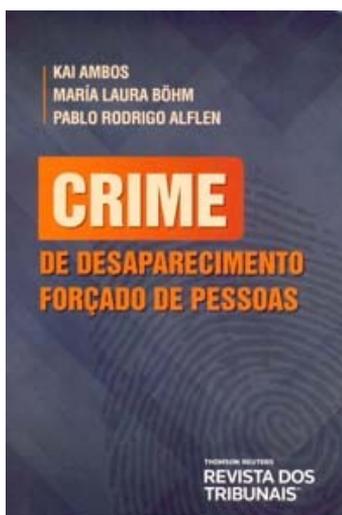
Günther Jakobs

I. Publicación

Kai Ambos/ María Laura Böhm/ Pablo Rodrigo Alflen Da Silva

Crime de desaparecimento forçado de pessoas

São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013



A obra trata sobre um dos mais graves crimes de lesa-humanidade da atualidade, a saber, o chamado desaparecimento forçado de pessoas. Tal fenômeno se apresentou como uma estratégia muito comum de luta e supressão da oposição política no contexto latino-americano, sobretudo nos períodos de ditadura ou de governos militares, das décadas de sessenta e setenta do último século. Tendo em vista a gravidade e a prática reiterada desse fenômeno no contexto latino-americano, nos anos seguintes realizaramse amplas mobilizações no cenário internacional em prol da sua criminalização, as quais culminaram na elaboração de instrumentos normativos internacionais que impuseram aos Estados a exigência de adaptação do direito interno mediante a tipificação do desaparecimento forçado de pessoas como crime. A questão apresenta especial importância para o contexto brasileiro, tanto porque esta prática se apresentou

de forma corrente no período da ditadura, como porque, paradoxalmente, não há (até o momento) tipo penal na ordem jurídica brasileira caracterizando tal fenômeno como crime, apesar do Brasil encontrar-se, desde o ponto de vista da ordem jurídica internacional, diante da exigência de tipificação de tal conduta.

II. Recepción de artículos para su publicación en el *Boletín Semestral GLIPGö*

Trabajos recibidos hasta el próximo 31 de agosto podrán ser considerados para su publicación en el número 6 del *Boletín Semestral GLIPGö* (la aparición será en Diciembre de 2013).

Para consultar las *Normas de publicación para los autores* por favor [véase aquí](#).

I. Ciclo de Seminarios

En este semestre (Enero-Junio 2013) nuestro Ciclo tuvo la oportunidad de discutir las presentaciones de los siguientes expositores:



Prof. Dr. Juan Pablo Mañalich (Chile)

La teoría de la acción como herramienta de la teoría de las normas



Prof. Dr. Héctor Hernández Basualto (Chile)

Modelos de imputación (individual) de responsabilidad penal de la empresa

A ambos profesores les agradecemos haber compartido su trabajo con nosotros, y habernos brindado durante y luego del Seminario su grata compañía.

Para mayor información sobre el Ciclo de Seminarios, [véase aquí](#).

II. Visitantes

Nuestro Departamento cuenta regularmente con la visita de investigadores, ya sea como visitantes (períodos breves), o como investigadores invitados (estadías de mínimo un mes de duración). En el último semestre (Enero-Junio 2013) hemos tenido el placer de recibir a los siguientes investigadores (se reseñan aquí únicamente visitantes de habla hispana o portuguesa):



Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Argentina)



Márcio Schlee Gomes (Brasil)



Raul Perez Llamoctanta (Perú)

Para mayor información sobre nuestros visitantes así como para informarse sobre las posibilidades de estadía, [véase aquí](#).