

MEMORIAS N

DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN

**Fernando Velásquez V.
Renato Vargas Lozano
Compiladores**

Juan Antonio Lascurain Sánchez - Farid Samir Benavides Vanegas
Eduardo Demetrio Crespo - José Luis Guzmán Dalbora
Hernando León Londoño Berrío - Alfonso Cadavid Quintero
Javier Llobet Rodríguez - Fernando Velásquez V.

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
Escuela de Derecho, Departamento de Derecho Penal,
Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas
"Emiro Sandoval Huertas"
Bogotá, D.C., Marzo de 2014

MEMORIAS No. 2

Derecho Penal y Constitución

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Escuela de Derecho, Departamento de Derecho Penal,
Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas
"Emiro Sandoval Huertas"

© Juan Antonio Lascaraín Sánchez - Farid Samir Benavides Vanegas
Eduardo Demetrio Crespo - José Luis Guzmán Dalbora
Hernando León Londoño Berrío - Alfonso Cadavid Quintero
Javier Llobet Rodríguez - Fernando Velásquez V.

fernando.velasquez@usa.edu.co
Teléfono: (571) 3257500

Primera edición: marzo de 2014

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin previa
autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones
Universidad Sergio Arboléda
Carrera 15 No. 74-40
Teléfonos: 3257500. Ext. 2131
3220538-3217240
www.usergioarboléda.edu.co
Fax: 3177529
Bogotá D.C.

Director editorial: Jaime Barahona Caicedo
Coordinación, diseño carátula y diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez
marujita.florez@usa.edu.co
Impresión: Digiprint
Bogotá, D.C.

ISSN: 2322-9640

Contenido

PRESENTACIÓN	
<i>Fernando Velásquez V. - Renato Vargas Lozano</i>	5
EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES PENALES	
<i>Juan Antonio Lascaraín Sánchez</i>	11
POLÍTICA CRIMINAL Y CONSTITUCIÓN	
<i>Farid Samir Benavides Vanegas</i>	45
LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA DE SANCIONES	
<i>Eduardo Demetrio Crespo</i>	71
DERECHO PENAL Y MINORÍAS ÉTNICAS: PLANTEAMIENTO Y LIQUIDACIÓN CRIMINALISTA DE UN PROBLEMA POLÍTICO	
<i>José Luis Guzmán Dalbora</i>	131
CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS	
<i>Hernando León Londoño Berrío</i>	157
CONSTITUCIÓN Y TEORÍA DEL DELITO	
<i>Alfonso Cadavid Quintero</i>	203
DERECHO PROCESAL PENAL Y CONSTITUCIÓN	
<i>Javier Llobet Rodríguez</i>	225
CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD	
<i>Fernando Velásquez V.</i>	259

DERECHO PROCESAL PENAL Y CONSTITUCIÓN

POR: JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ*

1. EL DERECHO PROCESAL PENAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL APLICADO

Cuando se habla del Derecho procesal penal se dice, con frecuencia, que el mismo se trata de Derecho constitucional aplicado¹, o bien que el Derecho procesal es el sismógrafo de la Constitución², lo que enfatiza la importancia que tiene como expresión de la relación entre los habitantes de la República con el Estado en cuanto al régimen de derechos de los primeros³. No en vano buena parte de las normas constitucionales están relacionadas con el Derecho procesal penal, siendo esta una de las ramas del Derecho que tiene una mayor regulación en la Constitución, incluso más amplia que la del Derecho penal sustantivo.

La doctrina señala que el Derecho procesal penal de un Estado democrático de Derecho no solamente tiene un carácter instrumental con respecto al Derecho penal

* Director de Posgrados en Derecho y Coordinador de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR, Vicepresidente de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

¹ Cfr. ZIPF, Heinz. *Strafprozessrecht*. 2. Aufl. Berlin-Nueva York: Walter de Gruyter, 1977. p. 16.

² Cfr. ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht*. München: C. H. Beck, 1998. par. 2.

³ En ese sentido ha dicho Walter ANTILLÓN MONTEALEGRE que "El sistema penal, particularmente el proceso penal, responden al equilibrio de poder entre los ciudadanos y el aparato estatal" (Cfr. La historia ¿Mala consejera? A propósito de la reforma al proceso penal. *En*: Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, V. 12, no.18, 2000. San José de Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales, 2000. p. 47). Ha indicado también que el proceso jurisdiccional es un "(...) fenómeno socio-histórico", mostrando "(...) su manera particular de insertarse en el tejido social, su estrecha relación con el poder político: su tenebrosa función al servicio de las tiranías y la misión educadora y liberadora que estaría llamado a cumplir en las democracias; en otras palabras, la persistente pero atormentada vocación del hombre por hacer de ese proceso un instrumento en la búsqueda humana de la justicia" (Cfr. Teoría del proceso jurisdiccional. San José: Investigaciones Jurídicas, 2001. p. 16). Sobre la relación entre el régimen político y el sistema procesal penal véase en particular: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. "Justicia penal" en el Estado arbitrario (La reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo). San José: Editorial Jurídica Continental, 2004.

sustantivo sino que tiene sus fines propios, uno de los cuales es que el juzgamiento de los delitos se lleve a cabo con respeto al debido proceso⁴. Así se reconoce que no puede, por ejemplo, buscarse la verdad a cualquier precio⁵ para hacer posible la imposición de la pena correspondiente, sino que ello debe realizarse dentro de formas que garanticen los derechos de los participantes en el proceso, entre ellos los del imputado, formas que no deben ser consideradas como meros formalismos⁶. Debe resaltarse que en los libros de texto se menciona con frecuencia la importancia de la búsqueda de la verdad material en el proceso penal, haciéndose una contraposición con la verdad formal, que caracterizaría al proceso civil. Sin embargo, esta afirmación de la búsqueda de la verdad material no deja de ser problemática porque, precisamente, el sistema inquisitivo tenía como uno de sus postulados el perseguir la verdad material lo que llevaba –incluso– a la justificación de la práctica de la tortura, como método fundamental de averiguación de la verdad. Más bien debemos hablar, como lo indica Winfried Hassemer, de que a través del proceso penal se busca una verdad formalizada, porque existen límites para la búsqueda de la verdad establecidos a partir del respeto al principio de dignidad de la persona humana y el debido proceso⁷.

Como se indicó, la configuración política del Estado tiene incidencia en general con respecto al sistema de garantías establecido en la legislación procesal penal. En un Estado democrático de Derecho es de gran relevancia la previsión de normas

⁴ Cfr. BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 7a ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2004. par. 1, III, 2, no. 5, p. 3.

⁵ Se trata de una afirmación que es repetida en general por la doctrina alemana. Cfr. ZIPF, Op. cit., p. 16; ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. tr. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, Par. 1, B., II. p. 3; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, Op. cit., par. 1, B, II; HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. tr. y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 188; KRAMER, Bernhard. *Grundbegriffe des Strafverfahrensrecht. Ermittlung und Verfahren*. Stuttgart: Kohlhammer, 1984. p. 25.

⁶ En este sentido: *Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens*. 90 *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. En: *KritV* 1990. p. 271.

⁷ Al respecto dice HASSEMER: "(...) la meta es más bien la obtención formalizada de la verdad. El Derecho procesal plantea al Juez una tarea que no puede realizar: averiguar la verdad a cualquier precio. El precio son los derechos de la persona que sirve de medio de prueba y tales derechos 'cuestan' la completa averiguación de la verdad... El mismo Derecho impide averiguar tanto como sería necesario para fundamentar un caso 'verdadero'. Lo que el Juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir la verdad forense, y es a ésta a la que se dirige la comprensión escénica en el proceso penal" (cfr. Ob. cit., *Fundamentos*, p. 188). En sentido similar indica Luigi FERRAJOLI. "La verdad perseguida por el modelo formalista como fundamento de una condena es, a su vez, una verdad formal o procesal, alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes" (Cfr. FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*. tr. P. Andrés Ibáñez y colaboradores. Madrid: Trotta, 1995. p. 45). También, Juan Marcos RIVERO SÁNCHEZ señala que el modelo clásico garantista, dentro del que ubica a Luigi Ferrajoli, parte de la verdad como correspondencia (Cfr. *Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal*. Granada: Editorial Comares, 2004. p. 53); sin embargo, no parece adecuada esa posición de acuerdo con la cita que se hizo antes de Ferrajoli.

que hagan del imputado un sujeto de derechos y no un mero objeto de la actuación estatal, lo que lleva a que tengan que garantizarse la presunción de inocencia y el derecho de defensa y –además– a que se prohíba todo tipo de coacción tendente a obtener su confesión. Se debe garantizar el derecho de defensa técnica del imputado y el derecho de abstenerse de declarar, que tienen una relación entre sí. También, tiene relevancia la garantía del derecho de ofrecer prueba de descargo. Igualmente, fundamental es la garantía de independencia judicial y de la imparcialidad del juzgador, a lo que se suma el respeto al principio del juez natural, de modo que la designación de los jueces se lleve a cabo de manera objetiva. Ello conduce a la prohibición de tribunales especiales.

De igual forma, como garantía de la imparcialidad del juzgador es de suma importancia la vigencia del principio acusatorio, que lleva a distinguir la función acusatoria ejercida por el Ministerio Público, de la función del juez. Ello conduce, necesariamente, al carácter predominante pasivo que debe tener el juzgador, desarrollándose el juicio oral y público y al protagónico del Ministerio Público, la defensa y las diversas partes a las que se le da participación. La publicidad del juicio oral garantiza, además, la transparencia en el juzgamiento. De gran relevancia, como definidor de un sistema procesal es también la regulación de la prisión preventiva, puesto que en un Estado de Derecho se necesita que se respeten los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad en las previsiones legales de la prisión preventiva, lo mismo que en las decisiones judiciales⁸. Así mismo, si bien se han llegado a admitir criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, ello de acuerdo al principio de proporcionalidad, se trata de evitar arbitrariedades en el ejercicio de esos criterios, de modo que se establezcan previamente parámetros legales que conduzcan al ejercicio igualitario de los criterios de oportunidad.

De la misma manera, es de gran importancia en un Estado de Derecho la garantía de la seguridad jurídica, a través de la regulación de un proceso penal que debe ser respetado⁹, existiendo mecanismos procesales para reclamar la violación del

⁸ Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Die Unschuldsvormutung und Die Materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft: Ein Beitrag Zur Strafprozessreform in Lateinamerika*. Freiburg i. Br.: Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1995; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)*. En: *Revista de Derecho Procesal*, no. 2. Madrid: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal (R.I.D.P.), 1995. p. 547-571; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Presunción de inocencia y proporcionalidad de la detención preventiva en el Código de Procedimiento Penal colombiano*. En: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana. Homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez Bogotá*: Editorial Temis, 2005. p. 355-372.

⁹ Señala Walter ANTILLÓN MONTEALEGRE que el nombre de proceso debe reservarse: "(...) únicamente a la actividad informada en aquellas reglas inderogables, de forma tal que, según ese criterio, no sería proceso, sino cualquier otra cosa (ya sea que pretenda hacerse pasar por proceso o no) la actividad pública que no cumpla con dichas reglas, aunque esté precedida por un juez". *Teoría del proceso jurisdiccional*, Op. cit., p. 154; también: p. 402, en donde dice: "Según nuestro criterio

debido proceso. Relevante es que incluso hoy día se conciben esas garantías no sólo como protectoras del imputado, sino también de la misma víctima, en cuanto ésta tiene derecho a que se realice una investigación seria frente a las violaciones a sus derechos, rechazándose con ello también que la arbitrariedad opere en contra de la investigación de los delitos.

Debe tenerse en cuenta, además, que en ocasiones las garantías de un Estado de Derecho han sido desvalorizadas, indicándose que tienen un carácter meramente formal. Sin embargo, es importante anotar que una buena forma de apreciar la importancia de las garantías, es compararlas con la situación en la que existe una ausencia de ellas¹⁰. Por ello mismo, frente a las críticas al carácter meramente formal de las garantías ante la justicia penal, debe afirmarse que la prerrogativa de tener unas condiciones mínimas de carácter económico, social y cultural tiene una gran relevancia para el pleno ejercicio de las garantías penales¹¹, dándose así una interdependencia entre los derechos humanos de la primera y los derechos de la segunda generación¹²; sin embargo, no puede negarse que aun en situaciones en las que, contrariándose el principio de Estado Social, no se garantice a una persona este mínimo de condiciones, existe un ámbito mínimo de realidad de las garantías penales y procesales. En este sentido se ha resaltado, por diversos autores partidarios de la concepción del Derecho penal mínimo o garantista, la necesidad de profundizar las

mencionado ya desde las primeras páginas de este Manual, jurídica y humanamente no se puede admitir que exista otro proceso que aquel que encarna el ideal conocido como 'debido proceso legal'. Es importante citar además las referencias al proceso que hace al decir: "Si bien el proceso es una actividad de la vida social, no es una actividad antojadiza, arbitraria, sino una actividad 'en forma', es decir ordenada, según criterios legales que atañen a los sujetos, a los objetos, al orden lógico y cronológico de los actos" (ibid., p. 277).

¹⁰ Con respecto a ello indica Raymond ARON: "Entre las libertades que Marx llamaba formales hay dos: la protección contra las arbitrariedades de la policía y, en materia intelectual, la limitación del principio de autoridad, que me parecen responder a necesidades incomprensibles de la naturaleza humana. La arbitrariedad policíaca o la ortodoxia del Estado no parecerán nunca al hombre de la calle o al hombre de pensamiento, cualesquiera que sean las sutilezas de la dialéctica, una forma de la libertad" (Cfr. Ensayo sobre las libertades, tr. Ricardo Ciudad Andreu. 2 ed. Madrid: Alianza S. A., 1974. p. 102).

¹¹ Debe reconocerse la crítica hecha por Anatole France, cuando señaló que la ley prohíbe lo mismo a los pobres que a los ricos que vayan mendigando, que roben pan y que duerman bajo los puentes. Citado por KRIELE, Martin. Liberación e Ilustración. Defensa de los Derechos Humanos. tr. Claudio Gancho. Barcelona: Herder, 1982. p. 65.

¹² En este sentido en la Declaración y Programa de Viena, aprobada por la Conferencia de Derechos Humanos de la ONU el 25 de junio de 1993, se dijo: "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (...)". Cfr. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (Ed.). Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica: Nuestra Tierra S. A. 1999. p. 461. Sobre los problemas que han existido para el reconocimiento de un derecho a reclamar jurisdiccionalmente el cumplimiento de los derechos sociales, económicos y culturales, véase ANTILLÓN MONTEALEGRE, Teoría; Op. cit., p. 218-219.

garantías propias de un Estado de Derecho¹³. Por ello, una buena forma de analizar la importancia de las garantías del debido proceso, es estudiar aquellos regímenes en los que se han eliminado como ocurrió, por ejemplo, durante el nacionalsocialismo¹⁴.

En un Estado autoritario, además de estructurarse el 'proceso' penal conforme a postulados autoritarios, de acuerdo a las características de un proceso inquisitivo, lo que impera en definitiva es la arbitrariedad, dado que no se establecen mecanismos eficaces para reclamar violaciones a la normativa existente. Por ello mismo, no se admiten reclamos en contra de la actuación arbitraria de la policía, de modo que se llega a un sistema paralelo de represión policial de hecho, que lleva a que no se presenten los detenidos ante una autoridad judicial y a que sean objeto de las peores arbitrariedades, incluida la tortura y el asesinato extrajudicial¹⁵. Todo ello va unido a la impunidad que se garantiza en los regímenes autoritarios a los violadores de los derechos humanos.

Así en el régimen nacionalsocialista, lo mismo que en las dictaduras latinoamericanas, el 'proceso' penal estaba al servicio de la arbitrariedad, cumpliendo simplemente una función de legitimación, resultando que la misma estructuración autoritaria del 'proceso' penal era solamente una de las formas de represión, puesto que cuando se quería se actuaba simplemente por la vía policial de hecho, deteniendo, torturando y dando muerte, sin rendir ninguna cuenta ante los tribunales¹⁶. Por otro lado, un

¹³ Cfr. FERRAJOLI, Derecho y razón, Op. cit.; ANIYAR DE CASTRO, Lola. Democracia y justicia penal. Caracas: Ediciones del Congreso de la República, 1992; BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). En: Doctrina Penal. Teoría y práctica en las Ciencias Penales, año 10, no. 40. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 623-650; ZAFFARONI, En busca de las penas perdidas. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis, 1993. p. 192-198. Sobre el tema: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Cesare Beccaria y el Derecho Penal de hoy. Garantías y sistema penal. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2011, introducción.

¹⁴ Véase, LLOBET RODRÍGUEZ, "Justicia Penal" en el Estado arbitrario, Op. cit.

¹⁵ Sobre ello indica Claus ROXIN: "En el Estado totalitario actual está asegurado, a través de la dependencia personal y objetiva de los jueces, que las decisiones de los jueces estén en consonancia con las directivas de la oligarquía militar o del partido. En el absolutismo, acusador y juez son idénticos (proceso inquisitivo); en las dictaduras, la justicia política, que en ellas está particularmente extendida, es ejercida de facto por la policía (Gestapo, SD), de modo que la acumulación de poderes como fundamento constitutivo de esos tipos de Estado se puede reproducir, en menor escala, en el proceso penal". Agrega: "En el Estado absoluto o totalitario el imputado es, exclusivamente, objeto del procedimiento (inquirido, objeto de investigación) o, al menos, no puede ejercer en la práctica los derechos que le corresponden según el orden procesal, cuando esos derechos entran en contradicción con los intereses de poder de la conducción del Estado. El instituto del procedimiento penal característico para ello es el tormento (tortura, interrogatorio coactivo), que en el absolutismo estaba previsto en la ley y en el Estado totalitario es practicado una y otra vez contra la ley, con fundamento en la 'razón de Estado'" (Cfr. Derecho Procesal Penal, Op. cit., par. 2, A. II 1, p. 10).

¹⁶ Sobre la función legitimadora que se perseguía por el régimen nazi al mantener un sistema de administración de justicia, SCHUMACHER, Ulrich. Staatsanwalt und Gericht im Dritten Reich. Zur Veränderung d. Kompetenzverteilung im Strafverfahren unter Berücks. d. Entwicklung in d. Weimarer Republik u. in d. Bundesrepublik. Köln: Pahl-Rugenstein Verlag, 1985. p. 56.

aspecto que identifica a un régimen autoritario es la falta de reconocimiento de derechos frente al Estado (derechos fundamentales), considerándose al respecto al ser humano como mero objeto del Poder Estatal, obligado frente al Estado, pero sin derechos ante éste.

2. LA AMPLIACIÓN DE LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN LA CONSTITUCIÓN POR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A las garantías procesales establecidas en la Constitución Política, se deben añadir hoy día las consignadas en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado. Por ello, se reconoce que estas últimas tienen un carácter supraconstitucional, cuando se establecen mayores prerrogativas que las previstas en la Constitución Política, de acuerdo con el principio *pro homine*¹⁷; por supuesto, esto implica una mayor amplitud del régimen de prerrogativas procesales que el establecido en la propia Constitución Política.

Debe tenerse en cuenta, además, que la Corte Interamericana de derechos humanos en forma expresa indica que las autoridades administrativas y jurisdiccionales de los Estados parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos deben realizar un control de convencionalidad con respecto a la normativa de sus respectivos Estados, para lo cual deben considerar no solo las provisiones de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino además la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La exigencia expresa del control de convencionalidad se estableció por la Corte, por ejemplo en la sentencia de 26 de septiembre de 2006 en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*; así, se dijo:

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 (no. 124).

¹⁷ Sobre el principio *pro homine*, LLOBET RODRIGUEZ, Javier. *Derechos humanos en la justicia penal*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2008. p. 106-109.

3. LAS GARANTÍAS PROCESALES Y EL DEBER ESTATAL DE ACTUACIÓN

Al hablarse de la relación existente entre el Derecho procesal y la Constitución Política, lo mismo que de las consecuencias del principio del debido proceso, se debe hacer mención al respeto de los derechos fundamentales en el proceso penal. Tradicionalmente, cuanto se alude a los derechos fundamentales de carácter individual, dentro de los que se encuentran los derechos frente a la administración de justicia, se estima que implican simplemente que el Estado se abstenga de quebrantarlos, mientras que los derechos sociales suponen la existencia de prestaciones sociales por parte del Estado tendientes a garantizarlos¹⁸. Esta es una apreciación errónea, pues las garantías frente a la administración de justicia, entre ellas la relativa al debido proceso, suponen que el Estado dote a la administración de justicia no solo de condiciones materiales sino, además, de una legislación que permita el acceso a la justicia¹⁹. Lo anterior requiere que se provea a los órganos que investigan los delitos, por ejemplo la Policía y el Ministerio Público, de suficientes recursos para llevar a cabo la investigación²⁰. Ello implica también la provisión de recursos adecuada para los dictámenes periciales que se requieran al respecto. Se suma a esto que es de gran importancia la exigencia de una defensa de oficio o pública, que desempeñe en debida forma la labor de asistencia y representación de los imputados, cuando no lleguen a nombrar un defensor particular²¹. Implica ello, también, que existan suficientes abogados defensores y que se les den condiciones adecuadas de trabajo y que se parta de una concepción de la defensa de oficio o pública como un servicio público y no como un acto de beneficencia. Al final de cuentas la dotación de una defensa de oficio o pública, que debe ir mucho más allá que en la materia penal, es una expresión del Estado social de Derecho.

¹⁸ Cfr. FERRAJOLI, Op. cit., p. 861.

¹⁹ Cfr. HUTTER, Franz-Josef. *No Rights. Menschenrechte als Fundament einer funktionierenden Weltordnung*. Berlín: Aufbau Taschenbuch Verlag GmbH, 2003. p. 70; LLOBET RODRÍGUEZ, *Derechos Humanos en la Justicia Penal*, Op. cit., p. 114; PINTO, Mónica. *El Derecho Internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 101; FERNÁNDEZ, María Encarnación. *Los derechos económicos, sociales y culturales*. En: MEGÍAS QUIRÓS, José Justo (Coord.). *Manual de Derechos Humanos: Los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Buenos Aires: Thomson/Aranzadi, 2006. p. 120.

²⁰ Con respecto al Ministerio Público es importante lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tristán Donoso*, Sentencia del 27 de enero de 2009: “El principio de legalidad de la función pública, que gobierna la actuación de los funcionarios del MP, obliga a que su labor en el ejercicio de sus cargos se realice con fundamentos normativos definidos en la Constitución y las leyes (...) Los fiscales deben velar por la correcta aplicación del derecho y la búsqueda de la verdad de los hechos sucedidos, actuando con profesionalismo, buena fe, lealtad procesal, considerando tanto elementos que permitan acreditar el delito y la participación del imputado en dicho acto, como también los que puedan excluir o atenuar la responsabilidad penal del imputado” (165).

²¹ Acerca de ello, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Derecho Procesal Penal III. Garantías procesales*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2007. p. 156-174.

4. EL GARANTISMO PENAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Adicional a lo ya expresado, debe resaltarse la relación estrecha existente entre la corriente denominada como el garantismo y el Derecho constitucional. Por ello, con razón indica Eugenio Zaffaroni que los conceptos de garantismo y Estado de Derecho son sinónimos²². Precisamente, se utiliza con frecuencia la denominación neoconstitucionalismo como un sinónimo del garantismo. Éste expresa su preocupación por la tutela de los derechos fundamentales (individuales y colectivos) de los seres humanos. De acuerdo al garantismo, el Estado y el Derecho existen para proteger los derechos de los seres humanos y no tienen un fin en sí mismo, con lo que se rechazan las concepciones de carácter autopoietico. Se reconoce que el legislador tiene límites no solo formales sino también sustanciales en cuanto al contenido de las leyes, que debe ser acorde con los derechos fundamentales que tiene toda persona.

Ello lleva a un desarrollo amplio de las consecuencias que se extraen de principios procesales como la independencia judicial y la presunción de inocencia. Se hace una distinción entre el Estado de Derecho en sentido formal y el Estado de Derecho en sentido sustancial. Con el primero, se alude al ordenamiento en que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y procedimientos establecidos. El Estado de Derecho en sentido sustancial, acorde con el garantismo, hace mención a aquellos ordenamientos en que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales. Se expresa así una preocupación por la tutela de los derechos fundamentales (individuales y sociales) de los seres humanos. Se parte no solo de la sujeción a la ley sino de la sujeción de la persona legisladora y jueza a la Constitución y a los derechos fundamentales establecidos en ésta. Ello es aplicable también a los otros funcionarios públicos.

Además, se diferencia entre vigencia (ser), que implica la aprobación de una norma conforme al procedimiento establecido y validez (deber ser), que implica el sometimiento al control del respeto de las garantías constitucionales. Se dice por eso que el garantismo es un positivismo crítico, contrastándolo con el positivismo jurídico. Este último, implica un análisis meramente formal del derecho, mientras que el positivismo crítico significa que el análisis del Derecho no es sólo formal, sino también sustancial. Se parte del presupuesto de que los principios ilustrados y los del Derecho internacional de los derechos humanos han tenido acogida en la Constitución, lo que debe tener influencia en la interpretación de la ley, o en la invalidez de ésta. Esto implica límites al principio de las mayorías, dado que ninguna mayoría (electoral, legislativa o plebiscitaria) puede desconocer las garantías. Lo

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 169.

anterior tiene gran importancia con respecto a las garantías frente a la justicia penal. En este sentido indica Luigi Ferrajoli:

No puede castigarse a un ciudadano sólo porque ello responda al interés o la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano. Y ningún consenso político –del parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública– puede suplantar la falta de prueba de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden hacer verdadero lo falso, o viceversa²³.

En el ámbito del sistema penal el garantismo pretende ser heredero de la doctrina ilustrada. En lo correspondiente al Derecho procesal penal el garantismo le da mucha importancia a los principios de independencia judicial, de imparcialidad y del juez natural, lo mismo que a las garantías del derecho de defensa y de la presunción de inocencia. Va a resaltar la defensa de un proceso de carácter acusatorio, dándole una gran importancia al respeto al principio acusatorio dentro del proceso penal²⁴. Ferrajoli explica el garantismo penal en 10 axiomas, de los cuales los últimos cuatro tienen relación con el proceso penal: A7: *Nulla culpa sine iudicio* (principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto); A8: *Nullum iudicium sine accusatione* (principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación); A9: *Nulla accusatio sine probatione* (principio de la carga de la prueba o de verificación); A10: *Nulla probatio sine defensione* (principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación²⁵). El axioma *nulla poena sine iudicio* está en particular relacionada con la presunción de inocencia, mientras que los tres restantes, son expresión del derecho de defensa.

²³ FERRAJOLI, Derecho y razón, Op. cit., p. 544.

²⁴ Acerca del garantismo, FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1990; FERRAJOLI, Derecho y razón, Op. cit.; FERRAJOLI, Luigi. *El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*. En: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Ed.). *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996. p. 15-29; FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. tr. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999; FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*. tr. Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007; CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 2 ed. Barcelona: Trotta, 2005; CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro (Coords.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005.

²⁵ Cfr. FERRAJOLI, Derecho y razón, Op. cit., p. 93-94; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2. *Teoría de la democracia*. tr. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 351.

5. EL RESPETO AL DEBIDO PROCESO COMO EXIGENCIA CONSTITUCIONAL

Al establecerse la relación entre el Derecho procesal penal y el Derecho constitucional se indica que el primero debe respetar el debido proceso. Debe reconocerse que el concepto de dicho principio es impreciso, y hasta podría ser sostenido por alguien que todo quebranto a la ley procesal supone una violación al debido proceso²⁶. Se trata de un concepto de carácter abstracto que con frecuencia en materia penal es utilizado de manera indistinta con el de presunción de inocencia²⁷, cuando se refiere a los derechos del imputado, llegándose a abarcar los diversos derechos que el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos consideran como necesarios para el juzgamiento de los delitos. Se trata, en definitiva, de un principio relacionado también con el del Estado de Derecho, en cuanto se garantiza la seguridad jurídica de los habitantes del Estado, de modo que por ejemplo los inculpados en materia penal, no pueden ser condenados si no es conforme a una serie de normas que garanticen en definitiva el respeto a su dignidad humana, especialmente la presunción de inocencia y el derecho de defensa, lo mismo que la independencia e imparcialidad del juzgador.

Los aspectos más destacados del respecto al debido proceso, son los siguientes: a) un Estado de Derecho requiere del respeto al debido proceso; b) el debido proceso exige el respeto de los derechos fundamentales y de los derechos humanos; c) el

²⁶ Sobre el debido proceso, véase: Corte Interamericana, Opinión Consultiva CC-9/87 del 6 de octubre de 1987, relativa a las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia. Además, la opinión consultiva OC-16-99 del 1 de octubre de 1999, correspondiente al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso. Sobre el debido proceso en la jurisprudencia interamericana, véase GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (Coord.). Derecho Procesal Penal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 1-72; QUISPE REMÓN, Florabel. El debido proceso en el Derecho Internacional y en el sistema interamericano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010; MEDINA QUIROGA, Cecilia. La convención americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003. p. 265-342; ALBANESE, Susana. Garantías Judiciales. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2007; GOZAÍNE, Osvaldo Alfredo. El debido proceso. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004; SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina. El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos/ Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012; HUERTAS DÍAZ, Omar; TRUJILLO LONDOÑO, Francisco Javier; LOZANO PACHECO, Luis Gonzalo y SANABRIA RINCÓN, José Alfredo. El derecho al debido proceso y las garantías judiciales en la dimensión internacional de los derechos humanos. Bogotá: Ibáñez, 2007.

²⁷ Dice el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa" (la cursiva no es original).

debido proceso es una exigencia del principio de dignidad de la persona humana: d) el debido proceso, tal y como lo ha indicado el garantismo, se erige como un límite a las mayorías; e) el debido proceso rige no solamente en el proceso penal, sino también en los diversos tipos de procesos (civiles, administrativos, de familia); f) el debido proceso opera también en los procedimientos administrativos; g) el debido proceso no protege solamente a los imputados, sino también a las víctimas y demás intervinientes en el proceso penal; y, h) el debido proceso debe contener regulaciones y condiciones especiales que permitan el acceso a la justicia de los sujetos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Debe resaltarse, así mismo, la relación entre el respeto al debido proceso y el derecho al acceso a la justicia. Esta ha sido una de las preocupaciones a nivel latinoamericano, debido a diversos problemas estructurales que se han presentado en el sistema de administración de justicia, por ejemplo por la falta de independencia judicial, la corrupción judicial, la larga duración de los procesos judiciales, la burocratización de la administración de justicia, la prioridad de formalismos antes que de tutela de los derechos, los altos costos de la justicia, las dificultades de los sectores vulnerables de la sociedad de acceder a la justicia, a lo que se une la desigualdad de trato por razones económicas y sociales, etc. Estas dificultades se presentan no solo en jurisdicciones diferentes a la penal, sino también en ésta. Fundamental para el acceso a la justicia es la garantía del derecho a la defensa técnica desde el momento mismo de la detención policial y de que se provea desde ese momento de un abogado defensor a todo aquel que no nombre un defensor de confianza.

Entre los aspectos esenciales del debido proceso se debe citar el derecho a un juez independiente, imparcial y que sea el juez natural. Se trata de garantías esenciales para la configuración política de un Estado como un Estado democrático de Derecho. Precisamente, durante los regímenes autoritarios se tiende a quebrantar estos principios y a ello se debe que durante las dictaduras latinoamericanas de la seguridad nacional, los recursos de hábeas corpus presentados a favor de las personas detenidas arbitrariamente y desaparecidas fueron, sistemáticamente, declarados sin lugar. Igualmente, en la época del nacionalsocialismo uno de los aspectos fundamentales fue el control político del Poder Judicial. Por ello, incluso, poco después de las elecciones alemanas del cinco de marzo de 1933, se había actuado ya en contra de la independencia judicial a través de una actuación de hecho de los nacionalsocialistas, pues las tropas de asalto (SA) habían ingresado a los edificios de los tribunales y obligaron a los jueces, fiscales, abogados y notarios judíos a abandonar los edificios, sin que la policía interviniera²⁸. Se une a ello la inexistencia del principio de independencia judicial a través del postulado autoritario del Führer

²⁸ Cfr. FIEBERG, Gerhard *et al.* In Namen des deutschen Volkes. Justiz und Nationalsozialismus. Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz. Köln: Verlag Wissenschaft und Politik, 1989.

que establecía, en definitiva, a Hitler como el “máximo juez”²⁹, lo mismo que la configuración de Tribunales Especiales totalmente politizados³⁰. También, durante los regímenes del comunismo soviético uno de los aspectos que se eliminó fue el de la independencia judicial.

Las garantías de la independencia judicial, de la imparcialidad del juzgador y del juez natural son básicas, pues si no se posibilitan el proceso judicial es una farsa, previamente decidida, con grave quebranto al principio de igualdad, convirtiéndose la garantía del derecho de defensa, en meramente formal.

Los principios del juez independiente, el juez imparcial y el juez natural, han sido previstos expresamente en el párrafo 1) del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y son aplicables a las diversas jurisdicciones de la Administración de Justicia. La importancia de estos axiomas lleva a que se hayan aprobado una serie de instrumentos internacionales tendentes a garantizarlos y a establecer con cierto detalle los presupuestos en que se basan, por ejemplo los principios básicos de la ONU sobre la independencia de la judicatura, aprobados en 1985. En el mismo sentido, la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas de Iberoamérica, aprobó en 2001 el Estatuto del Juez Iberoamericano y, en 2006, el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, en los que la garantía de la independencia judicial, la imparcialidad y el juez natural, ocupan un lugar primordial.

Los principios básicos de la ONU sobre la independencia de la judicatura parten del juez independiente, para desarrollar los principios del juez imparcial y del juez natural, como derivados del mismo pero, en definitiva, el principio inicial que es el

p. 72; JOHNSON, Eric Arthur. El terror nazi: la Gestapo, los judíos y el pueblo alemán. tr. Marta Pino Moreno. Barcelona: Paidós, 2002. p. 118-119.

²⁹ Sobre el principio del Führer en el nacionalsocialismo, véase a MAJER, Diemut. Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems. Führerprinzip, Sonderrecht, Einheitspartei. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1987. p. 77-116; SAMPAY, Arturo. El Estado nacional-socialista alemán. En: Revista Jurídica Argentina, no. 18, abril-junio de 1940. Buenos Aires: La Ley S. A., 1940. p. 144-145; LLOBET RODRÍGUEZ, “Justicia Penal” en el Estado arbitrario, Op. cit., p. 85-86.

³⁰ Indica Ian KERSHAW que, en el juicio que se realizó en contra de algunos acusados de participar en el complot para asesinar a Adolf Hitler con el atentado del 20 de julio de 1944, los acusados “(...) tuvieron que soportar la cólera feroz, el desprecio mordaz y la humillación implacable que amontonó sobre ellos el presidente del Tribunal, el juez Roland Freisler (...). Los acusados mostraban señales visibles de las torturas a que habían sido sometidos en prisión. Para degradarlos hasta en la apariencia física, iban vestidos con ropas andrajosas, sin cuello ni corbata, y se les mantuvo esposados incluso mientras estaban sentados allí en la sala del juicio. A Witzleben hasta le privaron del tirante o cinturón, de manera que tenía que sujetarse los pantalones con una mano. No se les permitió expresarse ni explicar sus motivos, porque Freisler les interrumpía en cuanto lo intentaban, bramando insultos, tachándoles de rufianes, traidores, asesinos, cobardes (...). Se había dado orden (...) de que se filmasen los juicios, con el propósito de incluir extractos de ellos en los noticieros, así como un documental titulado ‘Traidores ante el Tribunal del Pueblo’ (...). Freisler daba tales gritos que el cámara tuvo que decirle que estaba destrozando la grabación sonora” (Cfr. Hitler. 1936-1945. tr. José Manuel Álvarez Flórez. Barcelona: Península, 2000. p. 874).

presupuesto más elemental del debido proceso y sin el cual no tiene sentido ninguna garantía, es el postulado del juez imparcial³¹; de allí resulta que el principio del juez natural e independiente garantiza que el juzgador sea imparcial. A este respecto, se aprecia un gran desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque existen una serie de resoluciones que se han referido al principio del juez imparcial, todo ello en concordancia con los principios de la ONU mencionados en lo atinente a la independencia de la judicatura.

En cuanto a la imparcialidad, en sentencia del 20 de noviembre de 2009, en el caso Usón Ramírez, la Corte indicó que “el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio” (no. 117). Sobre el principio de imparcialidad del juzgador debe resaltarse también lo resuelto en el caso de Mauricio Herrera, en sentencia de cuatro de julio de 2004 contra de Costa Rica, cuando se indicó:

“171. (...) El derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática (...)».

Agregó que “170 (...) El tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto”. Indicó un aspecto que es mencionado con frecuencia por la doctrina (...) hasta las apariencias podrán tener cierta importancia»³².

Todo ello debería llevar, como lo estima la Sala Constitucional costarricense al aplicar lo resuelto en el caso de Mauricio Herrera, a que las causales de recusación y excusa de los jueces no puedan ser taxativas. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destaca la importancia de la garantía del derecho de recusar a los jueces. Así

³¹ Importante al respecto es lo que indica Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ: “El rasgo más característico de la jurisdicción, el primer rasgo, el último si se quiere ser radical, es el de que el juez debe ser un extraño al conflicto, debe ser un tercero. En los ayuntamientos medievales de Italia, y probablemente de algunos otros países, se buscaba al extranjero para dirimir conflictos entre los vecinos; se buscaba la absoluta ajenidad al conflicto, la terceridad. Esa condición de tercero como garante de justicia es una vieja aspiración que se encuentra latiendo desde el primer momento de la jurisdicción. Jurisdicción en este sentido sería decir el derecho desde la condición de tercero imparcial” (Cfr. La jurisdicción: institución para garantizar los derechos humanos. En: RUJANA QUINTERO, Miguel (Ed.). Democracia, derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario. Bogotá: Facultad de Filosofía, Universidad Libre. p. 168).

³² Sobre la garantía de la imparcialidad véase, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Sentencia de 5 de agosto de 2008 (no. 56).

en el caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo') vs. Venezuela, mediante sentencia de cinco de agosto de 2008, indicó que la institución de la recusación tiene un doble fin: por un lado, actúa como una garantía para las partes en el proceso, y, por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción (no. 63). Dijo, además, que la recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales (no. 63). Sin embargo, debe resaltarse que la Corte —aunque ha resaltado que debe garantizarse el derecho de recusar a los jueces— señala el deber de los mismos de apartarse de oficio, cuando estén en una situación que pueda afectar su imparcialidad. Así se dispuso, por ejemplo, en la sentencia de 24 de febrero de 2012 (caso Atala Riffo y niñas vs. Chile) (no. 238).

El tema del principio de imparcialidad de los jueces, lo mismo que de las autoridades administrativas que resuelvan peticiones de los particulares o imponen sanciones administrativas, la ha ocupado también en muchos fallos. Debe resaltarse, además, que ella rechaza los llamados tribunales sin rostro, destacando entre los aspectos problemáticos de los mismos la imposibilidad que existe de recusar a la persona juzgadora, al no conocerse su identidad³³.

Debe resaltarse, así mismo, la gran importancia del principio de independencia judicial, con respecto al cual se presentan con frecuencia graves problemas en Latinoamérica. La Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de desarrollar el principio de independencia judicial en diversos fallos. Por ejemplo, en el caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo') vs. Venezuela, resuelto mediante sentencia de cinco de agosto de 2008, en la cual se indicó: "El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación" (no. 55).

En relación con la independencia externa ese organismo destacó la importancia de la separación de los poderes públicos (no. 55), e hizo un desarrollo de algunos aspectos relacionados con la independencia judicial interna, como la inamovilidad, lo mismo que un proceso adecuado de nombramiento (no. 138). Destacó, así mismo, la importancia de la estabilidad y permanencia (no. 43) e indicó que aún los

³³ Por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi, Sentencia de 30 de mayo de 1999, en donde se dijo: "133. (...) La circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean 'sin rostro', determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces".

jueces provisorios no pueden ser libremente removidos (no. 43). Resaltó también que "los jueces no pueden ser destituidos únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano judicial superior" (no. 84). Incluso, en cuanto al régimen disciplinario de los jueces, indicó que "[l]a autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa" (no. 44). Deben destacarse, además, otros votos que desarrollaron ampliamente las implicaciones del principio de independencia judicial, por ejemplo la sentencia dictada en el caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, de 30 de junio de 2009, y la dispuesta en el caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela de primero de julio de 2011. Estas providencias tienen también como antecedente la dictada en el caso del Tribunal Constitucional vs Perú, de 31 de enero de 2001.

En dichos fallos la Corte acude, entre otros aspectos, a los principios básicos de la ONU sobre la independencia de la judicatura de 1985, antes mencionados, para precisar el contenido de la independencia judicial. Se ha señalado en casos como el Reverón Trujillo que el hecho de que, aproximadamente, el 40% de los jueces sean provisorios genera obstáculos para la independencia judicial (no. 121). Ello fue reiterado en el caso Chocrón Chocrón (no. 100).

Junto al principio del juez independiente e imparcial, el tercer principio básico con respecto al juzgador es del juez natural, desarrollado en diversos fallos, por ejemplo en el caso Ivcher Bronstein, resuelto mediante sentencia del seis de febrero de 2001. Con respecto a ese principio es fundamental que los criterios de competencia sean establecidos legalmente y no permitan la manipulación de la misma. Sobre el quebranto a ello se expresó en el caso concreto que, antes de la resolución que dejó sin efecto la nacionalidad de Ivcher, se procedió a alterar la composición de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia.

En el caso Castillo Petruzzi, resuelto por la Corte Interamericana el 30 de mayo de 1999, se hizo referencia al quebranto al principio del juez natural a través de traslado de la competencia de un tribunal común a uno militar, ello en el juzgamiento de un civil. Sobre ello, mismo en el caso Usón Ramírez, despachado mediante sentencia del 20 de noviembre de 2009, se consideró que "[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural" (no. 109). Existen numerosas resoluciones que han declarado el quebranto al principio del juez natural a partir de la extensión de la jurisdicción militar a sujetos particulares.

Otra garantía básica del debido proceso es el derecho de defensa, lo que se expresa en el derecho a ser oído en un plazo razonable y por un tribunal independiente, imparcial y establecido en la ley, a lo que se hace mención en el artículo 8 inciso

1) de la Convención Americana de Derechos Humanos. La relación estrecha entre el debido proceso y el derecho de defensa se aprecia claramente en la sentencia dictada por la Corte en el caso Genie Lacayo, en la que se puso como sinónimo de debido proceso el “*derecho de defensa procesal*”³⁴. La relación estrecha entre debido proceso y garantía del derecho de defensa fue afirmada también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva CC-9/87 del 6-10-1987, sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia. Así se dijo, que “el llamado “debido proceso legal”: “abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. Debe resaltarse, además, que gran parte de la jurisprudencia de la Corte desarrolla aspectos en que se quebrantó el derecho de defensa de los imputados, por ejemplo, por la falta de comunicación de los hechos atribuidos, la falta de nombramiento oportuno de un abogado defensor, las dificultades para la comunicación privada con éste, la ausencia de nombramiento de un traductor o intérprete, el desconocimiento de la prueba de cargo, las dificultades para controvertir éste, la imposibilidad de ofrecer prueba de descargo, la falta de correlación entre acusación y sentencia, lo mismo que el quebranto al derecho a recurrir la sentencia³⁵. La jurisprudencia de la Corte se ha ocupado también de aspectos como el derecho de defensa material, por ejemplo el derecho a que se le comuniquen al imputado los cargos atribuidos, el derecho a conocer la prueba incriminatoria y a controvertirla³⁶, de ofrecer prueba de descargo³⁷, lo mismo que la necesidad de correlación entre acusación y sentencia en el caso del dictado de una sentencia condenatoria. Igual cabe indicar con respecto al derecho a la defensa técnica. Debe destacarse que en el caso Barreto Leiva se dijo:

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 29 de enero de 1997.

³⁵ Sobre ello, GARCÍA RAMÍREZ, El debido, Op. cit., p. 30-33. Acerca del derecho de defensa véase: LLOBET RODRÍGUEZ, Derecho Procesal Penal, III, Op. cit.

³⁶ Por ejemplo, la Corte Interamericana en el caso Castillo Petruzzi, resuelto mediante Sentencia del 30 de mayo de 1999, dijo: “138. La Corte observa que el artículo 717 del Código de Justicia Militar, norma aplicable a los casos de traición a la patria, establece que una vez producida la acusación fiscal se pondrán los autos en conocimiento de la defensa por espacio de doce horas. En el presente caso, la acusación fiscal fue presentada el 2 de enero de 1994 y los abogados pudieron consultar el expediente el 6 de los mismos mes y año por un lapso muy reducido. La sentencia se dictó al día siguiente. De acuerdo con la legislación aplicable, la defensa no pudo interrogar a los agentes de la DINCOTE que participaron en la fase de investigación (...)”.

³⁷ Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cantoral Benavides, resuelto mediante sentencia del 18 de agosto de 2000, indicó: “127. (...) En el desarrollo de las actuaciones realizadas por los jueces del fuero común se presentaron las siguientes situaciones: a) se pusieron obstáculos a la comunicación libre y privada entre el señor Cantoral Benavides y su defensor; b) el abogado de la víctima no pudo lograr que se practicaran ciertas diligencias probatorias cruciales para los fines de la defensa; como la recepción de los testimonios de los miembros de la DINCOTE que participaron en la captura de Cantoral Benavides y en la elaboración del atestado incriminatorio; tampoco pudo conseguir que se celebrara la confrontación pericial tendiente a esclarecer las divergencias que arrojaron los dos peritajes grafológicos practicados en el proceso (...)”.

“Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona (...), el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo” (no. 62)³⁸.

Ello tiene gran relevancia en Latinoamérica en donde el periodo en que un detenido está bajo la custodia policial se encuentra tradicionalmente en una situación de vulnerabilidad que favorece el quebranto de los derechos humanos, por ejemplo la práctica de la tortura y el quebranto al derecho de abstención de declarar.

6. EL RÉGIMEN POLÍTICO LIBERAL Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

En Latinoamérica se tienden a reconocer todos y cada uno de los derechos en la Constitución Política, pero a nivel de la ley ordinaria y de la práctica de las autoridades y tribunales se desconocen, con frecuencia, los derechos contemplados constitucionalmente. Así frente a las normas que establecen la garantía de la dignidad humana y del debido proceso, han sido frecuentes las detenciones arbitrarias, la tortura y las ejecuciones extrajudiciales, en un pasado con la justificación de la doctrina de la seguridad nacional como parte de la lucha en contra de la subversión, y, hoy día, bajo el manto de los regímenes democrático liberales como parte de lo que se ha denominado la doctrina de la seguridad ciudadana y de la lucha contra la criminalidad³⁹, como lo reconoce en abundante jurisprudencia la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, al lado de la normativa procesal que establece el sistema de garantías, existe con frecuencia una actuación de hecho con la participación o tolerancia de las autoridades judiciales, que actúa sin apego a norma alguna y en la forma más arbitraria.

³⁸ Se dijo, además: “Impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”.

³⁹ En este sentido, indica Eugenio Raúl ZAFFARONI que la doctrina de la ‘seguridad ciudadana’ en su versión latinoamericana, plantea en sustitución de la doctrina de la ‘seguridad nacional’, otra ‘guerra sucia’, supuestamente desatada por la criminalidad callejera (Cfr. Política criminal y derechos humanos en América Latina: de la “Seguridad Nacional” a la “Seguridad Ciudadana”. En: NAVARRO SOLANO, Sonia. Consideraciones en torno a una nueva política criminal en Centroamérica y Panamá, t. I. San José: Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, ILANUD; [Madrid]: Ministerio de Justicia de España: Agencia Española de Cooperación Internacional, AECI, 1992. p. 176); en sentido similar, ANIYAR DE CASTRO, Op. cit., p. 248. Sobre el abandono de las garantías procesales como parte del reclamo de ley y orden, ARZT, Gunther. Der Ruf nach Recht und Ordnung. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976. p. 70-73.

Es discutible si esta actuación de hecho podría incluso ser catalogada, por el mismo Günther Jakobs, como un Derecho penal del enemigo legítimo, ya que en su concepción sobre la materia parte del supuesto de esa construcción supone una serie de reglas que se apartan del Derecho penal del ciudadano y no propiamente situaciones que se basan en reacciones de hecho, realizadas o toleradas por las autoridades judiciales, pero no sujetas a regla alguna⁴⁰.

Aparte de las situaciones de hecho indicadas, se han introducido una serie de institutos propios del Derecho penal del enemigo en los Códigos Procesales latinoamericanos, alejándose del sistema acusatorio, por ejemplo el testigo de la corona, los agentes encubiertos, los testigos anónimos, la relativización de las reglas de la prueba ilícita de acuerdo con la importancia de la causa y la prisión preventiva basada en el peligro de reiteración, la alarma social o la flagrancia, lo mismo que los delitos no excarcelables. Se tiende en todo ello a un Derecho penal del autor, que es precisamente una de las características del Derecho penal del enemigo y que lo asemeja a las propuestas procesales del positivismo criminológico de Ferri⁴¹ y Garofalo⁴².

⁴⁰ Dice Günther JAKOBS: "El Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho en la medida en que vincula a su vez a los ciudadanos, más exactamente al Estado, sus órganos y funcionarios en la lucha contra los enemigos. Lo que sucede es que el Derecho penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, en un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una *ultima ratio* que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente" (Cfr. ¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de jurisdicción. En: JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO ORTS, Miguel. Derecho penal del enemigo. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2007. p. 32). Se pregunta este autor si el Derecho Penal del enemigo es legítimo; dice que para responder hay que señalar dos aspectos: "En primer lugar, el Estado no tiene por qué poner en juego negligentemente su configuración, cuando se habla del Derecho Penal del enemigo, esto no significa 'ley de fugas', 'pena de sospecha' o incluso 'descuartizamiento público para intimidación o cosas similares aunque esto, desde luego, no resuelve el problema de cómo trazar sus límites"; agrega: "En segundo lugar, la inferencia de una respuesta a la cuestión de la legitimidad del concepto abstracto de Estado de Derecho carece de valor". Al explicar ello, indica que el carácter de Estado de Derecho no puede ser determinado en abstracto porque no se prevea la custodia de seguridad, que no se piense en la fundación de una asociación terrorista exclusivamente en cuanto delito contra el orden público, que sea ajeno a la incomunicación, a las escuchas masivas, a los agentes encubiertos y a otros instrumentos. Parte, pues, Jakobs de su concepción según la cual dichos métodos pueden más bien ser necesarios para la vigencia real del Estado de Derecho, ello desde una perspectiva de análisis en concreto, pues si no se prevén puede vaciarse de contenido el derecho del ciudadano a la seguridad. Añade, además, que el Derecho penal del enemigo debe ser limitado a lo necesario (Cfr. JAKOBS, Günther. ¿Terroristas como personas en Derecho? En: CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Coords.). Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. 2 vol. Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2006. p. 87-88).

⁴¹ FERRI, Enrico. Sociología criminal, t. II, tr. Antonio Soto y Fernández. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1908; FERRI, Enrico. Discorso. En: La Scuola Positiva nella dottrina e nella giurisprudenza penale. Roma, 1912; p. 297-320.

⁴² GAROFALO, Raffaele. II Pericoli sociali di alcune teorie giuridiche. En: Archivio di Psichiatria, Scienze Penali ed Antropologia Criminale no. 3, 1882a. p. 380-393; La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión, tr. Pedro Dorado Montero. 2 ed. Madrid: La España Moderna, s.f.

Debe tenerse en cuenta que Günther Jakobs, al hacer referencia al Derecho penal del enemigo, señala que este tiene aplicación en los regímenes democráticos y precisamente él desarrolla esa construcción pensando en el régimen político democrático alemán⁴³, porque considera que el Derecho penal del enemigo es un mal inevitable, pero que se hace necesario contenerlo diferenciándolo del Derecho penal del ciudadano, para que no termine contaminando a este último. Este Derecho penal del enemigo, según él, se da en la lucha contra la delincuencia organizada, el narcotráfico, el terrorismo, la pedofilia, la delincuencia habitual y la misma criminalidad económica. Relacionado con las consideraciones de Günther Jakobs de la necesidad de defender el Derecho penal del ciudadano, estableciendo una delimitación y un muro de contención del Derecho penal del enemigo, y con ello de defensa del Estado de Derecho, es lo que en Alemania Federal –luego de la Segunda Guerra mundial– se conoció como 'La democracia combativa' (*Streitbare Demokratie*) o el 'Estado de Derecho defensivo' (*Wehrhafter Rechtsstaat*), que una concepción que criticaba la pasibilidad que había tenido el Estado de Derecho durante la República de Weimar frente los que la combatían⁴⁴. Esto justificó una serie de limitaciones de las garantías de los imputados y condenados, en particular de aquellos a los que se atribuían actos de terrorismo, en la década de los setenta del siglo pasado, justificadas en la necesidad de lucha en contra del terrorismo de izquierda frente al auge de actos terroristas que se llegó a dar; por ejemplo, se restringió el derecho de defensa del imputado y la comunicación del preso preventivo con el exterior, incluyendo con su abogado. Se reforzó, además, la posibilidad de mantener en prisión preventiva al imputado. Estas disposiciones pueden ser catalogadas como parte de lo que hoy día Günther Jakobs llama como el Derecho penal del enemigo y fueron criticadas con razón por ser difícilmente compatibles con los principios del Estado de Derecho⁴⁵. Igualmente, a partir de la década de los noventa del siglo pasado se han aprobado en Alemania una serie de leyes de combate de la criminalidad organizada, que han restringido

⁴³ Sobre ello, dice Eugenio Raúl ZAFFARONI que a Jakobs "se le debe criticar su introducción de elementos propios del estado absoluto dentro del estado de derecho, sin advertir que lo implosiona"; añade que "no es coherente, al mantener su opción por el estado constitucional de derecho" (Cfr. El enemigo en el Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 156). Para Miguel POLAINO ORTS, quien defiende el Derecho Penal del enemigo, "sólo en Estados democráticos cabe plantear la existencia de un legítimo Derecho penal del enemigo" (Cfr. POLAINO ORTS, Miguel. Derecho Penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona: Bosch, 2009, p. 99); y agrega: "el tratamiento del enemigo al que se refiere Jakobs está en todo momento sometido al mantenimiento de las garantías esenciales del Estado de Derecho" (p. 137; también: 554, 556 y 558).

⁴⁴ Sobre esta concepción: STERN, Klaus. Derecho del Estado de la República Federal de Alemania. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 383-393.

⁴⁵ Cfr. DAHS, Hans. Das "Anti-Terroristen Gesetz" – eine Niederlage des Rechtsstaats. En: NJW - New Juristische Wochenschrift no. 29. München: C. H. Beck, 1976. p. 2145-2151; Wehrhafter Rechtsstaat und frei Verteidigung – ein Widerspruch. En: ZRP - Zeitschrift für Rechtspolitik. München: C. H. Beck, 1977; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano-alemán). San José: Escuela Judicial, 1993. p. 26-29.

los derechos de los imputados y de los condenados⁴⁶ y que son mencionadas por ese autor como ejemplo de la existencia del Derecho penal del enemigo. Incluso, como expresión del Derecho penal del enemigo, menciona este penalista la legislación aprobada en los diversos países, incluyendo los Estados democráticos de Derecho, como consecuencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001.

Por supuesto, se discute si Günther Jakobs se limitó a realizar una mera descripción del fenómeno del Derecho penal del enemigo como algo existente, o bien le ha dado una legitimidad al mismo. Es cierto que el Derecho penal del enemigo no es un fenómeno nuevo, sino que es una tendencia que hacia concepciones autoritarias se había dado en diversos países⁴⁷, a lo que se hizo mención antes con respecto a Alemania. Sin embargo, la concepción de Jakobs no parece limitarse a una descripción del fenómeno, sino a una justificación del mismo, lo que se aprecia claramente al negarle el carácter de persona al enemigo. Por otro lado, una concepción que se limita a describir un fenómeno con caracteres autoritarios y que no realiza una crítica a ello, en definitiva legitima eso. Por ello, en general la doctrina tiende a sostener que este pensador alemán no solo describe sino que también defiende el Derecho penal del enemigo⁴⁸.

Frente a las ideas actuales del Derecho penal de enemigo debe indicarse que el terrorismo y otros fenómenos delictivos de gravedad deben ser enfrentados, firmemente, emprendiéndose acciones preventivas y sancionándose penalmente a los responsables de esos actos, pero ello debe realizarse dentro del marco establecido de protección de los derechos fundamentales.

Debe tenerse en cuenta que aun a aquellas personas a las que se les acusa, o inclusive se les ha condenado, por no respetar los derechos de los otros, debe respetarse los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente, lo mismo que los derechos humanos, previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. La

⁴⁶ Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, *ibid.*, p. 27-28.

⁴⁷ Indica Eugenio Raúl ZAFFARONI: "Lleva razón Prittwitz cuando afirma que si Jakobs hubiera utilizado los términos tradicionales para decir más o menos lo mismo, no hubiera desatado ningún impacto negativo, lo que se corrobora con la visión que nos ha dado la historia del poder punitivo y de la doctrina penal. En efecto creemos que si no hubiera hablado de enemigo y de no persona, y se hubiera limitado a repetir lo que sostenía Welzel o incluso von Liszt, no hubiera despertado mucha polémica. Pero justamente es su vocabulario su mejor acierto, pues con su terminología pone en aprietos a todo el penalismo, dado que al rescatar y hacer expreso el concepto de enemigo o de extraño y su inevitable carácter de no persona, desnuda el fenómeno y con ello, la mala conciencia del derecho penal (doctrina penal) frente a la teoría política (...). Puede afirmarse que el mayor mérito de esta propuesta es la claridad y la frontal sinceridad con que define el problema" (Cfr. *El enemigo en el Derecho Penal*, Op. cit., p. 154).

⁴⁸ En contra de ello, ZAFFARONI indica que Jakobs en realidad se proclama enemigo del Derecho Penal del enemigo, pero cree ahora que es imposible contenerlo y, por lo tanto, propone hacerlo (*ibid.*, p. 162).

Administración de Justicia debe llevarse a cabo manteniendo intangible la dignidad de la persona humana⁴⁹. De acuerdo con dicho principio se exige que el imputado sea tratado como un sujeto procesal y no como un mero objeto de la persecución estatal. Por ello, la dignidad de la persona humana no puede relativizarse con base en un supuesto interés de la mayoría. Derechos procesales como la presunción de inocencia, el derecho de defensa del imputado, el derecho al juez natural, el derecho de abstenerse de declarar, la prohibición de la tortura, etc., no son sino expresión del principio de dignidad de la persona humana. Afirmaciones como la negación del carácter de persona a los que han cometido actos delictivos de gravedad, deben ser rechazadas firmemente. No debe olvidarse que la base de la legitimación de un Estado de Derecho es que respeta la dignidad de la persona de aquellos que no respetan la de otros. Como bien lo indica Luigi Ferrajoli: "Un Estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no solo pierde su legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes"⁵⁰.

Además, téngase en cuenta que el Derecho penal del enemigo está relacionado con el Populismo Punitivo, en cuanto este llega a proponer un Derecho penal del enemigo para la delincuencia tradicional, especialmente la callejera. A lo largo de toda Latinoamérica se han venido aprobando contrarreformas legislativas, que tienden a regular facetas del Derecho penal del enemigo, siendo uno de los ámbitos más sensibles para ello el correspondiente a la prisión preventiva.

Este auge del populismo punitivo se da en el contexto de los problemas graves de inseguridad ciudadana que se presentan en general en Latinoamérica, por ejemplo, los tres países del norte de Centroamérica: Guatemala, Honduras y El Salvador, tienen tasas de homicidios de las más altas del mundo. Así, en 2010, Honduras presentó 82.1 homicidios por 100,000 habitantes, El Salvador 66, Belice 41.7 y Guatemala 41.4. Otros países centroamericanos presentan tasas un tanto menores, pero no por ello no elevadas, estando muy por encima de la media mundial, de este modo Panamá tuvo 21.6, Nicaragua 13.2 y Costa Rica 11.3 homicidios por 100,000 habitantes⁵¹. Esta situación ha sido instrumentalizada por el populismo punitivo,

⁴⁹ Una crítica al Derecho penal del enemigo por no reconocer el principio de dignidad de la persona humana, en: GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del enemigo". En: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. [En línea]. Disponible en: <criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02, 2005>.

⁵⁰ Como indica FERRAJOLI (Derecho y razón, Op. cit., p. 3969), "La razón jurídica del estado de derecho no conoce enemigos y amigos, sino sólo culpables y [sic] inocentes. NO admite excepciones a las reglas – si se toman en serio como reglas, y no como simples técnicas– no pueden plegarse a conveniencia según la ocasión. Y en la jurisdicción el fin no justifica nunca los medios"; también, FERRAJOLI, Luigi. *El Derecho Penal del enemigo y la disolución del Derecho Penal*. tr. Perfecto Andrés Ibáñez. En: *Nuevo Foro Penal*, no. 69. Medellín: Eafit, 2006. p. 3).

⁵¹ Datos tomados de: INCAE. *Centro Latinoamericano para la Competitividad y el Desarrollo Sostenible –CLACDS. Seguridad ciudadana en Centroamérica*. Documento de referencia para el 18 de enero

que precisamente tiene su ámbito de aplicación en los regímenes democráticos, con elecciones y bajo la libertad de prensa.

En efecto, el populismo punitivo ha unido a los políticos con sus propuestas electorales de mano dura y al periodismo amarillista y ha utilizado para sus propósitos a las víctimas de delitos. Se le atribuye la culpa de la criminalidad a la lenidad del sistema penal, bajo el lema de que no deben protegerse los derechos de los delincuentes, sino los de las víctimas⁵². Esta corriente tiene su base ideológica en el realismo de derecha, que ha llevado a los Estados Unidos de América a convertirse en uno de los países con más presos por habitante del mundo, todo en un sistema penal que fomenta las reacciones estereotipadas, ligadas a los grupos sociales más desfavorecidos socialmente y a la criminalidad callejera⁵³. Esto se traduce en Latinoamérica en el fomento de políticas de encarcelamiento masivo a través de políticas de tolerancia cero, que han producido un aumento de la cantidad de privados de libertad, tanto los que están en prisión preventiva como los que cumplen una pena privativa de libertad, que generan un gran hacinamiento carcelario, cuyas consecuencias se han hecho más manifiestas últimamente. A ello se refirió, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 27 de abril de 2012, en el caso Pacheco Teruel y otros contra Honduras.

El populismo punitivo parte de sostener que el problema de la criminalidad tradicional no tiene causas de carácter social, sino que se basa fundamentalmente en la lenidad de las leyes, entre ellas las procesales. Se dice así que el problema del aumento de la criminalidad se debe a que el sistema penal es una alcahuetería, que se preocupa por

2012. Alajuela, 2012. Se indica allí que las cifras se corresponden con el Estudio Global de Homicidios 2011 (UNODC). Sobre el problema de la violencia en Centroamérica, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Las maras y pandillas en Centroamérica. En: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (Coord.). Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González. San José, ILANUD/Editorial Jurídica Continental, 2007. p. 193-217; también, PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano para América Central 2009-2010. Abrir espacios a la seguridad ciudadana y el desarrollo humano. Principales hallazgos y propuestas. Bogotá: D'vinni S. A. 2009.

⁵² Sobre el populismo punitivo: PRATT, John. Penal Populism. Londres/Nueva York: Routledge, 2007; ROBERTS, Julian; STALANS, Loretta; INDERMAUR, David y HOUGH, Mike. Penal Populism and Public Opinion. Nueva York: Oxford, 2003; SALAS, Ricardo. En busca del paraíso perdido (apuntes sobre el populismo punitivo). En: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y DURÁN CHAVARRÍA, Douglas. Política criminal en el Estado de Derecho. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes. San José: Editorial Jurídica Continental, 2010. p. 155-171; GARLAND, David. La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. tr. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005; Crimen y Castigo en la modernidad tardía. Bogotá: Universidad de los Andes, 2007.

⁵³ Cfr. WACQUANT, Loïc. Las cárceles de la miseria. Buenos Aires: Manantial, 2000; Los condenados de la ciudad. Gueto, periferias y Estado. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007; Las dos caras de un gueto: ensayos sobre marginalización y penalización. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010; Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social. Barcelona: Gedisa, 2010; FERRAJOLI, Principia iuris, Vol. II, Op. cit., p. 362-363; RE, Lucía. Cárcel y globalización. Buenos Aires: Ad-hoc, 2008.

los derechos humanos de los delincuentes y no de las víctimas. Se afirma, además, que como consecuencia de ello los delincuentes andan sueltos y la gente honrada está bajo rejas. Se dice que los culpables del problema de la criminalidad son los expertos en ciencias sociales y los defensores de los derechos humanos⁵⁴. En ese discurso la defensa de los derechos de las víctimas significa la reducción de los derechos de los imputados y de los condenados⁵⁵.

Aspecto fundamental de ese planteamiento, como se dijo, es la extensión de la prisión preventiva. Así como la doctrina dice que el Derecho procesal penal es un Derecho constitucional aplicado y el sismógrafo de la Constitución, se afirma que la regulación de la prisión preventiva define las características del sistema procesal y está relacionada íntimamente con el régimen político existente⁵⁶. Por ello, en regímenes como el fascismo y el nacionalsocialismo se tendía a criticar todo límite que la presunción de inocencia pudiera imponer a la prisión preventiva y a considerar que la privación de libertad debía poder ser dispuesta con amplitud para garantizar los derechos de la colectividad. Si nos atenemos a la regulación de la prisión preventiva

⁵⁴ Señala Gabriel Ignacio ANITUA, con respecto a la discusión en los Estados Unidos, mencionando a James Q. Wilson, uno de los teóricos del realismo de derecha: "Para Wilson los índices delictivos en los Estados Unidos habían subido porque habían bajado las posibilidades de ser detenido, condenado y, sobre todo ser severamente castigado. Argumentaba que las consideraciones disuasorias debían ajustar el nivel general de imposición de penas y que los delincuentes peligrosos o reincidentes debían ser sujetos a penalidades más severas, incapacitadoras, y en algunos casos a la misma muerte" (Cfr. Historias de los pensamientos criminológicos. Buenos Aires: Editores de Puerto, 2005. p. 487); y añade, refiriéndose a la obra de George Kelling y Catherine Coles, teóricos del realismo de Derecha: "En el libro también recurrían a la vieja técnica inquisitorial de encontrar culpables entre los deslegitimadores de su teoría, los criminólogos y políticos liberales, en sus reclamos por libertad, tolerancia y derechos humanos, serían en realidad, los responsables de todo ese desmadre. La culpa de lo que pasa en los Estados Unidos la tendrían las sentencias del tipo 'Miranda contra Arizona' y demás medidas limitadoras de 'excesos' policiales" (Ibid., p. 489). Sobre los antecedentes de la discusión en los Estados Unidos: ARZT, Der Ruf, Op. cit.

⁵⁵ Sobre ello: CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. La seguridad como topos discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza. En: REYNA ALFARO, Luis Miguel; CUARESMA TERÁN, Sergio (Dir.). Derecho Penal y Estado de Derecho: reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2008. p. 31 y 35. Sobre el tema véase, además: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. Montevideo-Buenos Aires: B de f., 2007. p. 77, donde señala que en el discurso actual las víctimas reales o potenciales no admiten indiferencia, de modo que cualquier ganancia de parte del delincuente en garantías procesales o beneficios penitenciarios se ve como una pérdida para las víctimas, que lo ven como un agravio, y cualquier avance en atención de las víctimas se considera que es bueno que repercuta en un empeoramiento de las condiciones existenciales del delincuente.

⁵⁶ LORCA NAVARRETE, Antonio María. La prisión provisional de España y la crisis de una ley socialista. En: Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales, no. 27, Buenos Aires: Depalma, 1984 p. 453; MUÑOZ CONDE, Francisco y MORENO CATENA, Víctor Manuel. La prisión provisional en el derecho español. En: FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín. La reforma penal y penitenciaria [ponencias y comunicaciones presentadas en el Coloquio sobre la Reforma Penal y Penitenciaria, celebrado en la Universidad de Santiago durante los días 10, 11 y 12 de abril de 1980]. Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 1980. p. 344-345.

y a los altos porcentajes de presos sin condena en Latinoamérica, deberíamos sacar conclusiones negativas de los Estados latinoamericanos en cuanto al respecto de una garantía básica de un Estado democrático de Derecho como la presunción de inocencia. En el ámbito latinoamericano, como se reveló desde la investigación del ILANUD sobre el preso sin condena en 1980, la prisión preventiva ha tenido tal extensión que realmente es la regla, de modo que la mayoría de los privados de libertad en Latinoamérica se encuentran en prisión preventiva y no cumpliendo una pena privativa de libertad. De esta manera, se estimó que el 65% de los privados de libertad en esta región estaban bajo prisión preventiva⁵⁷.

Esa problemática fue una de las causas que motivó la reforma procesal que se inició a inicios de la década de los noventa del siglo pasado en Latinoamérica, sin embargo, los nuevos Códigos aprobados siguiendo al Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, se apartaron de éste en la regulación de la prisión preventiva, previendo muchas de las causales que existían bajo los Códigos derogados⁵⁸. A ello se une una serie de contrarreformas impulsadas por el populismo punitivo en diversos países, que contribuye a la extensión de la prisión preventiva. Por todo ello, según estadísticas de ILANUD, en el período 2005-2006, Uruguay tuvo un 94% de presos sin condena, Paraguay y Bolivia 73%, Perú 70%, Colombia 65%, México 59%, Argentina 58%, Ecuador y República Dominicana 56% y Venezuela 55%⁵⁹.

Ante esta situación no debe considerarse extraño el desarrollo que ha tenido la prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁰.

⁵⁷ CARRANZA, Elías; HOUED VEGA, Mario; MORA MORA, Luis Paulino y ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El preso sin condena en América Latina y el Caribe. Estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno. San José, Costa Rica: ILANUD, 1983. Sobre la regulación de la prisión preventiva en América Latina, véase: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Die Untersuchungshaft in den mittel- und südamerikanischen Länder. En: Frieder DÜNKEL y Jon VAAG (Eds.). Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug. Freiburg i. Br.: Max Planck Institut, 1994. p. 335-373; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Situación actual de la regulación de la prisión preventiva en los países latinoamericanos con un sistema continental europeo, y perspectivas a la luz del nuevo proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. En: MASA, Michele y SCHIPANI, Sandro (Coords.). Un "Codice Tipo" di Procedura Penale per L' America Latina (Atti del Convegno Internazionale, Roma 11/13 settembre 1991), (Roma e America. Collana di studi giuridici latino-americani, 7). Roma: Cedam, 1994. p. 375-382.

⁵⁸ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Prisión preventiva, populismo punitivo y protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. En: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y DURÁN CHAVARRÍA, Douglas. Política criminal en el Estado Social de Derecho. San José: Editorial Jurídica Continental, 2010. p. 325-360.

⁵⁹ Datos suministrados por Elías Carranza, Director del ILANUD.

⁶⁰ Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a la prisión preventiva, lo mismo que los informes de la Comisión Interamericana al respecto, véase: NAVAS APARICIO, Alfonso. Resenar el fundamento de aplicación de la prisión preventiva a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Revista de Ciencias Penales, no. 27, San José: Universidad Estatal a Distancia, 2010. p. 93-108; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Prisión preventiva, populismo punitivo y protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. En: LLOBET

Se afirma así que la prisión preventiva no puede constituirse en una pena anticipada⁶¹. Desde la sentencia del caso Suárez Rosero del 12 de noviembre de 1997, se ha enfatizado en que las únicas causales de prisión preventiva admisibles son el peligro concreto de fuga y el peligro concreto de obstaculización, lo cual significa —por exclusión lógica— el rechazo del peligro de reiteración delictiva previsto generalmente en la legislación latinoamericana⁶². Ello supone también el rechazo de la alarma social o de la prisión preventiva para evitar el escándalo supuesto para ordenar la prisión preventiva. Al respecto, debe añadirse que no es admisible el llamado peligro presunto de fuga, con frecuencia previsto en Latinoamérica, pues se exige que el peligro sea concreto y que exista una fundamentación del mismo. Implica, además, el rechazo de los delitos no excarcelables, tan frecuentes en Latinoamérica. Además, se exige el carácter excepcional que debe tener y el necesario respeto que debe existir del principio de proporcionalidad⁶³. Así mismo, a partir del citado caso Suárez Rosero, la Corte desarrolla el derecho del preso preventivo a que su caso sea resuelto en forma definitiva en un plazo razonable⁶⁴.

RODRÍGUEZ, Javier y DURÁN CHAVARRÍA, Douglas. Política criminal en el Estado Social de Derecho. San José: Editorial Jurídica Continental, 2010. p. 183-219; BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto. Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema penitenciario. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005, no. 111; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Itigüez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, no. 146; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Usón Ramírez contra Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, no. 144.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, no. 77. Sobre este caso: BOVINO, Alberto y HURTADO, Christian. Justicia penal y derechos humanos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 3-54. Véase, además: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, no. 180; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, no. 198; Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005, no. 111; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Servellón García y otros vs. Honduras, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, no. 90; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Itigüez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, no. 93; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yvon Neptune vs. Haití, Sentencia de 6 de mayo de 2008; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, Sentencia de 30 de octubre de 2008, no. 74; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barreto Leiva contra Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, no. 111; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Usón Ramírez contra Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, no. 144.

⁶³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005, no. 74; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, no. 107, no. 106; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, no. 228; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, no. 106; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, no. 67.

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, no. 72. Véase además: Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005, no. 105.

Frente al reclamo del populismo punitivo de que se desatienden por el sistema penal los derechos de las víctimas, esto para proteger el de los imputados, debe indicarse lo siguiente: un principio fundamental es la solidaridad y empatía con las víctimas. La víctima tiene derechos en el proceso penal que han sido recocidos por el Derecho internacional de los derechos humanos, pero su posición es diferente a la del imputado, pues el mismo puede ser objeto de graves injerencias estatales en sus derechos, e incluso se le puede llegar a imponer una pena privativa de libertad si es condenado, lo que no puede ocurrir con respecto a la víctima. La víctima tiene derecho a ser oída, a la protección frente a amenazas y a ataques a su integridad y vida, a la protección frente a la segunda victimización, a la reparación, lo mismo que a la realización de una investigación seria y en un plazo razonable, resuelta por un juez independiente e imparcial⁶⁵. Es entendible el enojo y la exigencia de las víctimas de que frente a un hecho delictivo haya una respuesta. Sin embargo, no debe verse como contrario a los derechos de las víctimas, que en el juzgamiento de los delitos y la ejecución de las sanciones se respete los principios de un Estado social de Derecho y con ello el debido proceso. Siempre se debe partir de que hay que buscar al culpable y no a un culpable. La víctima no tiene derecho a que se convierta a una persona en un chivo expiatorio, irrespetándose el derecho de defensa y la presunción de inocencia y, en general, el debido proceso, pues ello significaría que existiría una víctima adicional, aquella que fue instrumentalizada por el sistema penal⁶⁶.

Debe considerarse que el reconocimiento de los derechos de las víctimas dentro del Derecho internacional de los derechos humanos, ha estado ligado en gran parte a la violación de derechos de personas que fueron imputadas o sospechosas de hechos delictivos, o bien fueron condenadas por los mismos, llegándose a violentar sus derechos, por ejemplo a través de detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales o la práctica de la tortura, o bien por medio del quebranto del derecho de defensa material o técnica, del derecho de abstención de declarar o de la presunción de inocencia, o bien en la ejecución de la pena al derecho a no ser objeto de sanciones crueles y al derecho al trato conforme a la dignidad humana. A partir del derecho al reclamo de dichas violaciones, se ha llegado al reconocimiento del derecho de las víctimas a que se lleve a cabo una investigación seria en un plazo razonable y a que el asunto sea resuelto por un tribunal independiente e imparcial, lo mismo que al derecho de audiencia⁶⁷. Lo anterior es importante, dado que cuando se habla

⁶⁵ Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Derechos Humanos en la Justicia Penal. San José: Escuela Judicial/Editorial Jurídica Continental, 2008. p. 254.

⁶⁶ Cfr. FERRAJOLI, Derecho y razón, Op. cit., p. 66, 68.

⁶⁷ Véase por ejemplo: caso de los 'Niños de la Calle', resuelto por Sentencia del 19 de noviembre de 1999: "227. Por otra parte, del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del

de la garantía de los derechos de las víctimas muchas veces no se considera que víctimas son también las que sufren abuso de poder por las autoridades estatales, o bien cuando las mismas toleraron o fomentaron el quebranto de sus derechos.

Debe tenerse en cuenta que la base de la legitimación de un Estado de Derecho, es que incluso a aquellos a los que se les acusa de haber quebrantado los derechos de otros o se les ha condenado por ello, debe respetarse sus derechos. Caso contrario, el Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, no podría argumentar ninguna moral superior sobre los delincuentes⁶⁸, puesto que se habría puesto al nivel de ellos.

7. CONCLUSIÓN

Se habla de un ligamen estrecho entre el sistema procesal y el sistema político. Sin embargo, en los tiempos actuales el auge del Derecho penal del enemigo y del populismo punitivo pone en entredicho ese nexo. Frente a los cuestionamientos al respeto de los derechos de los imputados en el proceso penal, alegándose que con ello se desatiende a las víctimas, no debe dejarse de considerar que el gran desarrollo que ha tenido el respeto a los derechos de las víctimas es a partir de quebrantos que se han dado a los derechos de personas a las que se les atribuía por los órganos policiales o por el sistema penal en general la comisión de alguna conducta ilícita.

8. BIBLIOGRAFÍA

ALBANESE, Susana. Garantías Judiciales. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2007. 515 p.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. En torno a la jurisdicción. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007. 283 p.

castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación". La Corte Interamericana en el caso Blake, por Sentencia del 24 de enero de 1998, se refirió a las garantías judiciales que deben dársele a la víctima, ello con base en el artículo 8 inciso 1) de la CADH. Debe resaltarse que con base en el artículo 8 inciso 1) de la CADH la Corte Interamericana ha exigido el respeto al derecho de la víctima a que el asunto sea juzgado por un juez natural e imparcial, considerando, por ejemplo, que no reúnen ese carácter los tribunales militares, que resuelven los asuntos en que se discute una actuación violatoria de los derechos humanos realizada por un militar. Así se dispuso en el caso Durand y Ugarte, por Sentencia del 16 de agosto de 2000. Por otro lado, la Corte ha resaltado que del artículo 8 inciso 1) de la CADH se desprende el derecho de la víctima a que el asunto en que se reclama la desaparición forzosa y tortura se resuelva en un plazo razonable, haciéndose referencia al derecho de la parte acusadora de que se respeten las garantías procesales, en particular el debido proceso y el derecho de defensa, comprendiendo dentro de la parte acusadora a los familiares de la víctima desaparecida. Así se dispuso en el caso Genie Lacayo, resuelto por Sentencia del 29 de enero de 1997. Lo importante es que allí se hizo referencia al derecho de la parte acusadora a que se le respeten las garantías procesales, en particular el debido proceso y el derecho de defensa, comprendiendo dentro de la parte acusadora en este caso a los familiares de la víctima desaparecida. Véase, además, el caso las Palmeras resuelto por Sentencia del 6 de diciembre de 2001 (no. 65).

⁶⁸ FERRAJOLI, Derecho y razón, Op. cit. p. 396.

----- La jurisdicción: institución para garantizar los derechos humanos. En: RUJANA QUINTERO, Miguel (Ed.). Democracia, derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario. Bogotá: Facultad de Filosofía, Universidad Libre. p. 167-178.

ANITUA, Gabriel Ignacio. Historias de los pensamientos criminológicos. Buenos Aires: Editores de Puerto, 2005. 590 p.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. Democracia y justicia penal. Caracas: Ediciones del Congreso de la República, 1992. 200 p.

ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter. La historia ¿Mala consejera? A propósito de la reforma al proceso penal. En: Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, V. 12, no.18, 2000. San José de Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales, 2000. p. 47-53.

----- Teoría del proceso jurisdiccional. San José: Investigaciones Jurídicas, 2001. 443 p.

ARON, Raymond. Ensayo sobre las libertades. tr. Ricardo Ciudad Andreu. 2 ed. Madrid: Alianza S. A., 1974. 235 p.

ARZT, Gunther. Der Ruf nach Recht und Ordnung. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976. 185 p.

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). En: Doctrina Penal. Teoría y práctica en las Ciencias Penales, año 10, no. 40. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 623-650.

BEULKE, Werner. Strafprozessrecht. 7 ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2004. 352 p.

BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto. Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema penitenciario. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008. 192 p.

BOVINO, Alberto y HURTADO, Christian. Justicia penal y derechos humanos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. 376 p.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Ed.) Neoconstitucionalismo(s). 2 ed. Barcelona: Trotta, 2005. 286 p.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro (Coords.). Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005. 544 p.

CARRANZA, Elías; HOUED VEGA, Mario; MORA MORA, Luis Paulino y ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El preso sin condena en América Latina y el Caribe. Estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno. San José, Costa Rica: ILANUD, 1983. 303 p.

CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. La seguridad como topos discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza. En: REYNA ALFARO, Luis Miguel; CUARESMA TERAN, Sergio (Dir.). Derecho Penal y Estado de Derecho: reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2008. p. 17-54.

DAHS, Hans. Das "Anti-Terroristen Gesetz" – eine Niederlage des Rechtsstaats. En: NJW-New Juristische Wochenschrift no. 29. München: C. H. Beck, 1976. p. 2145-2151.

----- Wehrhafter Rechtsstaat und frei Verteidigung – ein Widerspruch. En: ZRP-Zeitschrift für Rechtspolitik. München: C. H. Beck, 1977. p. 164-169.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. Montevideo-Buenos Aires: B de F., 2007. 210 p.

FERNÁNDEZ, María Encarnación. Los derechos económicos, sociales y culturales. En: MEGÍAS QUIRÓS, José Justo (Coord.). Manual de Derechos Humanos: Los derechos humanos en el siglo XXI. Buenos Aires: Thomson/Aranzadi, 2006. p. 103-121.

FERRAJOLI, Luigi: Derecho y razón. tr. Andrés Ibáñez y colaboradores. Madrid: Trotta, 1995. p. 991.

----- Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia, tr. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 670.

----- Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale. Roma: Laterza, 1990. 1034 p.

----- El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad. En: ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (Ed.). Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción. Madrid: Trotta, 1996. p. 15-29.

----- Derechos y garantías. La ley del más débil. tr. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. 180 p.

----- Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia. tr. Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006. 136 p.

----- El Derecho Penal del enemigo y la disolución del Derecho Penal. tr. Perfecto Andrés Ibáñez. En: Nuevo Foro Penal, no. 69, 2006. p. 13-31.

FERRI, Enrico. Sociología criminal, t. II. tr. Antonio Soto y Fernández. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1908. 366 p.

----- Discurso. En: La Scuola Positiva nella dottrina e nella giurisprudenza penale. Roma, 1912. p. 297-320.

FIEBERG, Gerhard *et al.* In Namen des deutschen Volkes. Justiz und Nationalsozialismus. Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz. Köln: Verlag Wissenschaft und Politik, 1989. 463 p.

GARCÍARAMÍREZ, Sergio. El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (Coord.). Derecho Procesal Penal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 1-72.

GARLAND, David. La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. tr. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005. 462 p.

----- Crimen y Castigo en la modernidad tardía. Bogotá: Universidad de los Andes, 2007. 273 p.

GAROFALO, Raffaele. II Pericoli sociali di alcune teorie giuridiche. En: Archivio di Psichiatria, Scienze Penali ed Antropologia Criminale no. 3, 1882a. p. 380-393.

----- La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión. tr. Pedro Dorado Montero. 2 ed. Madrid: La España Moderna, s.f. 474 p.

GOZAÍNE, Osvaldo Alfredo. El debido proceso. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004. 703 p.

GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del enemigo". En: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2005. [En línea]: <criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02>.

HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. tr. y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. 428 p.

----- Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens. 90 Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. En: KritV 1990, p. 260-278.

HUERTAS DÍAZ, Omar; TRUJILLO LONDOÑO, Francisco Javier; LOZANO PACHECO, Luis Gonzalo y SANABRIA RINCÓN, José Alfredo. El derecho al debido proceso y las garantías judiciales en la dimensión internacional de los derechos humanos. Bogotá: Ibáñez, 2007. 344 p.

HUTTER, Franz-Josef. No Rights. Menschenrechte als Fundament einer funktionierenden Weltordnung. Berlín: Aufbau Taschenbuch Verlag GmbH, 2003. 391 p.

INCAE. Centro Latinoamericano para la Competitividad y el Desarrollo Sostenible – CLACDS. Seguridad ciudadana en Centroamérica. Documento de referencia para el 18 de enero 2012. Alajuela, 2012.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (Ed.). Instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica: Nuestra Tierra S. A. 1999. 876 p.

JAKOBS, Günther. ¿Terroristas como personas en Derecho? En: CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Coords.). Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. 2 vol. Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2006. p. 76-116.

----- ¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad. En: JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO ORTS, Miguel. Derecho Penal del enemigo. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2007. p. 15-40.

JOHNSON, Eric Arthur. El terror nazi: la Gestapo, los judíos y el pueblo alemán. tr. Marta Pino Moreno. Barcelona: Paidós, 2002. 571 p.

KERSHAW, Ian. Hitler. 1936-1945. tr. José Manuel Álvarez Flórez. Barcelona: Península, 2000. 1069 p.

KRAMER, Bernhard. Grundbegriffe des Strafverfahrensrecht. Ermittlung und Verfahren. Stuttgart: Kohlhammer, 1984. 211 p.

KRIELE, Martin. Liberación e Ilustración. Defensa de los Derechos Humanos. tr. Claudio Gancho. Barcelona: Herder, 1982. 252 p.

LORCA NAVARRETE, Antonio María. La prisión provisional de España y la crisis de una ley socialista. En: Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales, no. 27, Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 453-465.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano-alemán). San José: Escuela Judicial, 1993. 275 p.

----- Situación actual de la regulación de la prisión preventiva en los países latinoamericanos con un sistema continental europeo, y perspectivas a la luz del nuevo proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. En: MASA, Michele y SCHIPANI, Sandro (Coords.). Un "Codice Tipo" di Procedura Penale per L' America Latina (Atti del Convegno Internazionale, Roma 11/13 settembre 1991), (Roma e America. Collana di studi giuridici latino-americani, 7). Roma: Cedam, 1994. p. 375-382.

----- Die Untersuchungshaft in den mittel- und südamerikanische Länder. En: Frieder DÜNKEL y Jon VAAG (Eds.). Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug. Freiburg i. Br.: Max Planck Institut, 1994. p. 335-373.

----- Die Unschuldsumutung und Die Materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft: Ein Beitrag zur Strafprozessreform in Lateinamerika. Freiburg i. Br.: Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1995. 255 p.

----- La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana). En: Revista de Derecho Procesal; no. 2. Madrid: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal (R.I.D.P.), 1995. p. 547-571.

----- "Justicia penal" en el Estado arbitrario (La reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo). San José: Editorial Jurídica Continental, 2004. 161 p.

----- Presunción de inocencia y proporcionalidad de la detención preventiva en el Código de Procedimiento Penal colombiano. En: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal liberal y Dignidad Humana. Homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 355-372.

----- Derecho Procesal Penal. I. Aspectos generales. San José: Editorial Jurídica Continental, 2005. 549 p.

----- Derecho Procesal Penal III. Garantías procesales. San José: Editorial Jurídica Continental, 2007. 356 p.

----- Las maras y pandillas en Centroamérica. En: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (Coord.). Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González. San José, ILANUD/Editorial Jurídica Continental, 2007. p. 193-217.

- Derechos Humanos en la Justicia Penal. San José: Escuela Judicial/Editorial Jurídica Continental, 2008. 250 p.
- Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988. En: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Memoria de las Jornadas. Lima: Universidad de Lima, 2008. p. 325-360.
- Prisión preventiva, populismo punitivo y protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. En: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y DURÁN CHAVARRÍA, Douglas. Política criminal en el Estado Social de Derecho. San José: Editorial Jurídica Continental, 2010. p. 183-219.
- Cesare Beccaria y el Derecho Penal de hoy. Garantías y sistema penal. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2011. 412 p.
- MAJER, Diemut. Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems. Führerprinzip, Sonderrecht, Einheitspartei. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1987. 254 p.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia. La convención americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003. 428 p.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y MORENO CATENA, Víctor Manuel. La prisión provisional en el derecho español. En: FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín. La reforma penal y penitenciaria [ponencias y comunicaciones presentadas en el Coloquio sobre la Reforma Penal y Penitenciaria, celebrado en la Universidad de Santiago durante los días 10, 11 y 12 de abril de 1980]. Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 1980. p. 339-431.
- NAVAS APARICIO, Alfonso. Reenmarcar el fundamento de aplicación de la prisión preventiva a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Revista de Ciencias Penales, no. 27, San José: Universidad Estatal a Distancia, 2010. p. 93-108.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Lineamenti generali del nuovo processo penale nell' America Latina: Argentina, Brasile e Codice modello per l' America Latina. En: Consiglio Nazionale delle Ricerche (Ed.). Un Codice Tipo di Procedura Penale per L' America Latina. Roma, t. I, 1990. p. 32 y ss.
- PINTO, Mónica. El Derecho Internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004. 176 p.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano para América Central 2009-2010. Abrir espacios a la seguridad ciudadana y el desarrollo humano. Principales hallazgos y propuestas. Bogotá: D'vinni S. A. 2009. 474 p.
- POLAINO ORTS, Miguel. Derecho Penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona: Bosch, 2009. 688 p.
- PRATT, John. Penal Populism. Londres/Nueva York: Routledge, 2007. 224 p.

- QUISPE REMÓN, Florabel. El debido proceso en el Derecho Internacional y en el sistema interamericano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. 650 p.
- RE, Lucía. Cárcel y globalización. Buenos Aires: Ad-hoc, 2008. 254 p.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal. Granada: Editorial Comares, 2004. 295 p.
- ROBERTS, Julian; STALANS, Loretta; INDERMAUR, David y HOUGH, Mike. Penal Populism and Public Opinion. Nueva York: Oxford, 2003. 255 p.
- ROXIN, Claus. Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch. 25. vollig Neubearb. Aufl - München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998. 568 p.
- Derecho Procesal Penal. tr. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. 601 p.
- SALAS, Ricardo. En busca del paraíso perdido (apuntes sobre el populismo punitivo). En: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y DURÁN CHAVARRÍA, Douglas. Política criminal en el Estado de Derecho. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes. San José: Editorial Jurídica Continental, 2010. p. 155-171.
- SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina. El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos/Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. 372 p.
- SAMPAY, Arturo. El Estado nacional-socialista alemán. En: Revista Jurídica Argentina, no. 18, abril-junio de 1940. Buenos Aires: La Ley S. A., 1940. p. 140-147.
- SCHÜBELIN, Jürgen. Die Toten Kinder auf den Strassen von Honduras. En: Deutschen Institut für Menschenrechte *et al.* (Ed.). Jahrbuch Menschenrechte. Freiheit in Gefahr, Strategien für die Menschenrechte 2006. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006. p. 167-177.
- SCHUMACHER, Ulrich. Staatsanwalt und Gericht im Dritten Reich. Zur Veränderung d. Kompetenzverteilung im Strafverfahren unter Berücks. d. Entwicklung in d. Weimarer Republik u. in d. Bundesrepublik. Köln: Pahl-Rugenstein Verlag, 1985. 320 p.
- STERN, Klaus. Derecho del Estado de la República Federal de Alemania. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. 909 p.
- WACQUANT, Loïc. Las cárceles de la miseria. Buenos Aires: Manantial, 2000. 192 p.
- Los condenados de la ciudad. Gueto, periferias y Estado. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007. 376 p.
- Las dos caras de un gueto: ensayos sobre marginalización y penalización. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010. 212 p.
- Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social. Barcelona: Gedisa, 2010. 448 p.

WALDMANN, Peter. Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika. En: JUNKER, Detlef; NOHLEN, Dieter y SANGMEISTER, Hartmut (Eds.). Lateinamerika am Ende des 20. Jahrhunderts. München: Verlag C. H. Beck, 1994. p. 75-103.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Coord.). Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Documento final del programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Informe final, v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1986. 461 p.

-----. Hacia un realismo jurídico penal marginal. Caracas: Monte Ávila Editores, 1993. 189 p.

-----. Política criminal y derechos humanos en América Latina: de la "Seguridad Nacional" a la "Seguridad Ciudadana". En: NAVARRO SOLANO, Sonia. Consideraciones en torno a una nueva política criminal en Centroamérica y Panamá, t. I. San José: Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, ILANUD; [Madrid]: Ministerio de Justicia de España: Agencia Española de Cooperación Internacional, AECI, 1992. 191 p.

-----. Muertes anunciadas. Bogotá: Editorial Temis, 1993. 150 p.

-----. En busca de las penas perdidas. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis, 1993. 255 p.

-----. El enemigo en el Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar, 2009. 226 p.

ZIPF, Heinz. Strafprozessrecht. 2 Aufl. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1977. 238 p.