



Una manifestación de política penal aplicada

El Procesamiento de Personas Ausentes en la Ley 906 de 2004

Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo

Aproximación investigativa de la defensoría pública

Investigador, doctor Manuel Fernando Moya Vargas

**Una manifestación
de política penal aplicada:**

**El procesamiento de
personas ausentes
en la Ley 906 de 2004**

Vólmar Antonio Pérez Ortiz
Defensor del Pueblo

Gloria Elsa Ramírez Vanegas
Secretaria General

Alfonso Chamie Mazzilli
Director del Sistema Nacional
de Defensoría Pública

Jorge E. Caro C.
Coordinador de la Unidad
de Capacitación e Investigación

Gloria María Dávila
Coordinadora de la Unidad de Control,
Vigilancia de Gestión y Estadística

Luz Eugenia Moscoso Alvarado
Coordinadora de la Unidad
de Registro y Selección

Jairo Acosta Pardo
Coordinador Unidad
de Investigación Criminal

Autor

Manuel Fernando Moya Vargas

Diseño gráfico e impresión
Imprenta Nacional de Colombia

Defensoría del Pueblo
Calle 55 No. 10-32
A. A. 24299 - Bogotá, D. C.
Teléfonos: 314 73 00 - 314 40 00

www.defensoria.org.co

BOGOTÁ, D. C., COLOMBIA, 2010

ISBN: 978-958-8571-25-6

Manuel Fernando Moya Vargas

Abogado, Ph.D en sociología jurídica e instituciones políticas. Se desempeña como Capacitador de la OEA Bogotá, es profesor de pregrado y posgrados a nivel de especializaciones, maestrías y doctorados en derecho, y específicamente en derecho penal y sociología jurídica aplicada al sistema penal. Autor de varias obras donde se han publicado los resultados de las distintas investigaciones en que ha participado.

Contenido

Introducción	7
I	
Fundamentos ontológicos para una aproximación	11
II	
Objeto de análisis aplicado	37
III	
Un preámbulo necesario para abordar el tema central.....	43
IV	
Las personas ausentes y el esquema de procesamiento.....	54
V	
Exposición y glosa del problema de investigación	63
VI	
Las personas ausentes. Condiciones y legalidad.....	71
VII	
Legislación internacional y extranjera: un ejercicio obligado de legislación comparada.....	87
VIII	
Conclusiones	117
Bibliografía.....	127

Resumen. *Con el advenimiento del proceso penal de corte acusatorio y adversarial de la Ley 906 de 2004, se mantuvo en Colombia la figura del procesamiento en ausencia, paralelo al de la contumacia. Contrario a la expectativa suscitada respecto de la coherencia estructural del esquema, la Corte Constitucional mantuvo como constitucional la figura, partiendo de una serie de supuestos. Tales supuestos al confrontarlos con la realidad chocan con los presupuestos argumentativos de la Corte. En realidad, la figura es incompatible con el esquema procesal y con la realidad judicial, lo que conlleva a estimar que en realidad su sostenimiento no atiende a criterios diferentes que al de una particular visión político-criminal del Estado, en que se privilegian las evidencias de eficiencia de la Administración de Justicia, por sobre los derechos y garantías de las personas penalmente procesadas, lo cual contribuye a los cuestionamientos al sistema penal colombiano, que lo señalan como uno de los peores del mundo.*

Palabras clave. Acusatorio, adversarial, código de procedimiento penal, contumacia, penal, Estatuto de Roma, legislación extranjera, persona ausente, política penal, procesal, rebeldía, sistema.

Introducción

Entendida la política penal como la forma en que un Estado ejerce su potestad punitiva, sea que actúe fundamentado en un programa o, por el contrario, de forma no planificada, es preciso señalar que dentro de dicha concepción el esquema de procesamiento penal elegido, hace parte de ese poder configurador del sistema penal que se dispone practicar. Desde luego, el proceso como mecanismo de producción de la verdad judicial y, al tiempo, como transformador de la realidad social, al menos de las personas involucradas, tiene un régimen que le hace posible *hacer presa*, como diría Merleau Ponty, de las personas que sujeta a dicha transformación.

Los esquemas de procesamiento y más que ello las tendencias universales de procesamiento evidencian una serie de características, que en unos casos ha querido denominarse acusatorias versus inquisitoriales, de origen romano germánico o continental europeo versus de derecho común o, también, como lo afirmó Damaska, paritarias versus jerárquicas, dependiendo de qué tanta consideración se tenga con las partes involucradas, principalmente, aquella que aparece enfrentada a la potestad punitiva del Estado, es decir, el procesado. Dicha consideración se hace manifiesta a través del sistema de derechos y garantías procesales que se les reconozcan, desde luego, yendo más allá de una mera declaratoria formal hasta verificar las posibilidades de un ejercicio efectivo de los mismos.



Como se dijo, las tendencias universales constituyen un referente indispensable para establecer la distancia o cercanía que se tiene con la aldea global, y por ello es un ejercicio orientado a procurar tal verificación.

Teniendo tal orientador, se advierte que Colombia ingresó en el proceso de contemporalización respecto a tales tendencias manifiestas en el enjuiciamiento criminal. Pues se evidencia que el mundo, al menos el occidental, se incorpora en la tendencia de los modelos acusatorios y marcadamente adversariales, por hallar en ellos una expresión más considerada en cuanto a los derechos y garantías procesales de las personas, igualmente reconocidas y practicadas en desarrollo de la misma tendencia. Ciertamente, el Acto Legislativo 03 del año 2002 permitió al país ingresar en la práctica de una forma de procesamiento penal dispuesta mediante audiencias públicas, concentradas, bajo la dirección del orientador judicial, en cuyo escenario acceden en pretendida paridad los fiscales y los defensores.

No deja de ser plausible que el país opte por no aislarse y prefiera acceder a mejores prácticas procesales, máxime cuando esas mismas permiten una mayor proximidad sistemática con los demás países. Sin embargo, al sobrevenir la Ley 906 de 2004 se ha asistido a una vorágine de avances y retrocesos: avances como suprimir las facultades judiciales a la Fiscalía, o que los jueces de garantías hayan venido condicionando la legalidad de las capturas a un auténtico ejercicio de las condiciones que limitan su viabilidad; retrocesos como que se vuelva a la práctica de las pruebas de oficio, o que se admitan facultades *iura novit curia* a los jueces.

En fin, el mismo texto de la Ley 906 revela aspectos apropiados para un esquema de corte acusatorio y adversarial, pero al tiempo hace cohabitar instituciones típicamente inquisitoriales, y acaso la expresión más nítida de estas últimas es precisamente la permisión del procesamiento de personas ausentes, dispuesto



por la Comisión Redactora Constitucional que produjo el proyecto, así como por el Congreso de la República que hizo de él una ley.

Ulteriormente, la Corte Constitucional en un esfuerzo argumentativo, muy vernáculo por cierto, avaló la constitucionalidad de la institución de las personas ausentes en el enjuiciamiento penal colombiano. Pese a su pretendida posición garantista, quiso mantener la figura sobre presupuestos tales como la existencia de esa misma opción en el resto del mundo y la preservación de intereses superiores de las personas procesadas como, por ejemplo, su derecho a la defensa.

Tal característica puede explicarse desde dos puntos de vista probables. En primer lugar, puede versar más nada que como una incoherencia sistemática, fruto de la terquedad, la incuria o la ignorancia. Pero, por otro lado, que parece ser más creíble, puede explicarse como un ejercicio concreto de política penal, que fuerza apartarse de la naturalidad del esquema procesal, a favor del predominio de unos ciertos criterios de administración de justicia que el Estado superpone aún por sobre los derechos y garantías de las personas sujetas a su potestad penal.

Sobre esta base, se ha tomado la institución confrontando los argumentos de la Corte Constitucional mediante los cuales la mantuvo como correspondiente con la Constitución Política para escrutar su solidez.

Siendo este el problema de investigación, se partió de una hipótesis conforme con la cual jurídicamente es insostenible la figura del procesamiento de personas ausentes, y que pese a los múltiples argumentos jurídicos en que se ha querido sustentarla, realmente surge de un criterio de política penal específico, en que no quiere cederse respecto de las particulares manifestaciones de supuesta eficiencia de la Administración de Justicia, aun en contra de los derechos y garantías de los procesados.



Recientemente el sistema penal colombiano fue catalogado como uno de los peores del mundo. Si, como parece, se accede a mecanismos de continuidad procesales, como el de las personas ausentes, la tendencia invariablemente es la misma: un sistema penal falseado por datos inconsultos de la realidad.

A tal efecto, se aplicaron las siguientes técnicas:

Reconstrucción histórica, específicamente orientada a identificar el origen y el contenido argumentativo con que la Comisión Redactora Constitucional y el Congreso de la República gestó la institución.

Por otra parte, el análisis de contexto, debiendo contrastar las líneas del proceso de corte acusatorio y adversarial con la figura, y muy acentuadamente, descubriendo el precedente y la línea jurisprudencial sobre el particular.

En tercer lugar, mediante la comparación de textos, se contrastó la ley colombiana con la ley internacional y la extranjera en busca de establecer qué tan acertada fue la Corte Constitucional cuando adujo que se trataba de una institución universal.

No fue posible por limitaciones presupuestales operar un trabajo de campo en que se analizara un número de casos estadísticamente representativo, y pese a que se consultaron las bases de datos oficiales de la Fiscalía General de la Nación y del Consejo Superior de la Judicatura, no fue posible derivar de ellas, en tanto fuente secundaria, un sustituto de dicho trabajo de campo, que desde luego echamos de menos y que estimamos necesario para concluir este primer paso investigativo en la materia.



Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo

I

Fundamentos ontológicos para una aproximación

Fundamentos ontológicos para una aproximación

Los procesos que intentan aportar conocimiento han adquirido historiográficamente distintas alternativas, según se quiera tomar por fundamentación epistemológica la teoría conflictualista o la estructural funcionalista. Es decir, el saber oscila entre dos tendencias, según quiera vérselo como un objeto al cual el investigador se aproxima con el fin de descubrirlo, o en cambio como algo que se construye, de lo cual participa el investigador y las condiciones en que es producido.

En particular, el conocimiento jurídico evidencia una alternativa adicional. Como se sabe, al parecer la eterna discusión entre quienes sostienen su entidad científica y quienes la niegan e invocan el carácter profundamente político del derecho y, más acentuadamente en cuanto al derecho penal, pone en entredicho su estatuto epistemológico, ¿es acaso la justicia? ¿Es la ley? ¿Es la Constitución? ¿Es el actuar humano? A falta de consenso, la disputa se torna aún más torva y compleja si se estima que no es en sí el objeto científico, sino el método de abordamiento del objeto lo que importa identidad a una ciencia.

Es tal vez esta ambivalencia lo que ha dado paso a que en materia de procedimiento penal colombiano, el saber sea predominantemente teorético, tal y como surge de la consulta de la producción bibliográfica, evidentemente desnuda de trabajos de indagación empírica y, por consiguiente, carentes de un diseño



metodológico comprobable y apropiado a las exigencias que ese tipo de construcciones comprende (Bourdieu-Waquant, 2001)¹.

Pero tal condición no necesariamente cuestiona la erudición intelectual de los autores vertida en sus obras, en cambio sí limita significativamente su aporte al desarrollo de las instituciones, en cuanto la mayoría raramente supera la condición de “manual”, y ello hace que difícilmente se cree escuela, ciencia o saber verificable en la materia. Sus textos, a falta de actualizaciones sostenidas en métodos verificables, lo cual suele ser particularmente crítico con posterioridad a la vida del autor, resultan olvidados o ignorados a causa del desvanecimiento de su actualidad contraída a la ilustración de los estudiosos del tema. Esto es lo que podría llamarse como “calidad desechable” de los trabajos, al no disponer de la capacidad de proyectarse sobre el trasfondo so-

¹ Puede pensarse que los procedimientos criminales son dogmáticamente aceptados en su configuración y, a partir de su universalidad –asumiendo que se cree en la idea según la cual dependiendo del sentido de origen romano germánico o septentrional con influencia marcada del derecho anglosajón, surgieron dos familias jurídicas y que, a la sajona propiamente dicha corresponden las formas de enjuiciamiento acusatorias y adversariales–, no precisa ser objeto de investigación, en la medida que todo está predefinido. Sin embargo, se sabe que la pretendida universalización tanto en América como en Europa no es más que una especie de “metamorfeo vulgarizado” de la cultura. La verdad es que dicha universalización atiende a la tendencia que señala una serie de productos institucionales, cual si se tratase de entidades universalmente válidas, ajenas a cualquier particularismo histórico y regional, a partir de los cuales pretende constituirse cualquier proceso de construcción de conocimiento. Es lo que la sociología moderna designó como “macdonalización” de la cultura, apoyada por el *imago* que auspicia la existencia de organismos internacionales que, a partir de supuestas neutralidades, constituyen la idea de existir instituciones desligadas del ceceo social particular. Luego, “sistema acusatorio”, contrario a dicha tendencia, no es más que una expresión que en manera alguna permite alcanzar conclusiones acerca de lo que resulta ser la institución procesal penal para una sociedad en particular. Es decir, aun cuando empleemos la misma designación sintáctica no podría concluirse que la administración de justicia penal colombiana es como la justicia penal norteamericana o inglesa, porque pese a las coincidencias, lo que hace de cada una lo que en realidad es, es precisamente lo que su sociedad en particular ha esculpido en la práctica “una forma de juzgar penalmente” construida a partir de las limitaciones que señalan ciertas formas de enjuiciamiento, y es el descubrir esa forma de juzgar penalmente lo que debe ser develado a partir de los procesos de investigación que la línea plantea. Cfr. Pierre Bourdieu y Loic Waquant. *Las argucias de la razón imperialista*. Paidós, 2001.



cial que subyace a toda construcción institucional (Shütz, 1972. Cfr. Searle, 1997).²

Dicha limitante proviene de la circunstancia consistente en que los estudios raramente sustentan sus análisis en las prácticas sociojurídicas, tornando limitada la utilidad de sus obras. No obstante que frecuentemente los autores acuden y vierten en sus trabajos experiencias personales, obtenidas a partir de la observación propia, lo cual por sí mismo no los descalifica, la ausencia de un proceso metodológicamente verificable cuestiona el valor que puedan adquirir en cuanto a la contribución que prestan a una auténtica construcción dirigida de la realidad jurídico-social colombiana (Silva, 2005).³

En tales circunstancias, es palmaria la ausencia de un verdadero diagnóstico social de las normas proveniente del sector del campo jurídico integrado por los académicos, que son en principio los más interesados y los mejor estructurados para la investigación (Blumer, 1982).⁴ Si bien los estudios que han venido

² Es preciso observar que, siguiendo los fundamentos epistémicos de la sociología, la lingüística y la antropología, predominantemente, se asume el proceso penal como una construcción social. Desde este punto de vista, se trata de una institución o, como específicamente suele denominarlo la sociología, una estructura. Como tal, observa las cualidades connaturales a este tipo de fenómeno. Cfr. Alfred Shütz. *Fenomenología del mundo social. Introducción a la sociología comprensiva*. Paidós. 1972. Cfr. John R. Searle. *La construcción de la realidad social*. Editorial Paidós. 1997.

³ Es a lo que Silva García denomina “sociologismo vulgar”, en cuanto se trata de alusiones a factores sociales sin un soporte teórico suficientemente informado en la teoría sociológica ni, mucho menos, en la sociología jurídica. Germán Silva García. *Sobre el objeto, las fuentes y el oficio de la sociología jurídica desde una perspectiva interdisciplinaria*.

⁴ Precisamente, la corriente sociológica denominada “interaccionismo simbólico” ha llamado la atención de los investigadores acerca de la importancia determinante de establecer cómo son interpretadas las instituciones en su operatividad, en la interacción humana. De manera que saber qué es, qué significa y qué se espera de un juez penal, si existe alguna distinción entre la decodificación del abogado defensor respecto de la que emplea el representante del Ministerio Público, o de qué forma entiende un juez que es interpretada su figura por la sociedad, y para esta, qué significa la presencia



realizando sirven de base para la interacción que concluye en la posproducción de otras normas, las reformas suelen quedarse en meras tentativas de transformación, porque la intuición y la personalización de las abstracciones jurídicas, raramente contribuyen de manera consistente a la consolidación de un verdadero sistema normativo que sirva como mecanismo de apropiación y ejercicio jurídico del Estado social de derecho.⁵

“I. A manera de corolario

Pese a que ya adelantamos bastante en el último aparte, podemos concluir que el derecho penal no ha recibido en Colombia el tratamiento de un objeto de investigación, en cuanto esta condición demanda la integralidad en sí de ese objeto.

En Colombia hay investigación en derecho penal, es decir, se produce investigación en temas penales. No obstante, registra las siguientes características:

- a) Es acentuada la parcelación de los temas, significando que no se producen procesos integradores que remitan a esquemas completos de análisis.

de ese funcionario, acaso le teme, lo respeta, le parece deseable su presencia, es indiferente, este tipo de inquietudes deben y pueden ser resueltas a través de métodos investigativos apropiados, siempre que superen lo meramente jurídico y se atreven a incursionar en lo que al cabo resulta ser lo más importante para la administración de justicia, es decir, la sociedad. Cfr. Hebert Blumer. *El interaccionismo simbólico*. Hora S.A. 1982. Páginas 60-67.

⁵ Se alude específicamente a una de las características de las instituciones sociales, destacadas por Searle, arriba citado, según el cual tienen la entidad suficiente para producir otras configuraciones de estatus y, en consecuencia, otras instituciones. Así, por ejemplo, el proceso es una institución de la cual surgen otras como la de sentencia, condenado o absuelto, culpable o inocente, de donde surgen a su vez otras como la de civilmente responsable y nuevamente proceso, condena, pago, etcétera.

En el caso específicamente contemplado, se alude a la dinámica del campo jurídico, en donde existen normas que son aplicadas, que generan efectos concretos, entre otros, análisis científicos, y posteriormente modificaciones o estandarización de interpretaciones, transformaciones normativas que suelen denominarse “reformas legislativas”.



- b) No existe la tendencia a generar conocimiento penal válido para el país y para otros, sino que se tiende a tomar producciones extranjeras como fuente epistemológica.
- c) En los trabajos no existe una tendencia a la verificación de las fuentes, particularmente cuando se toman propuestas teóricas extranjeras.
- d) Los trabajos son acentuadamente cualitativos, sin que se registre la tendencia a realizar estudios sobre la realidad penal colombiana.
- e) Hay atomización epistemológica, resultando abarcados algunos campos del derecho penal por investigaciones que se fundamentan en saberes tales como la sociología jurídica.
- f) No existen procesos de investigación con vocación de permanencia, a la manera de seminarios abiertos, sino que se prefiere la producción de textos y artículos, con predominio de los de tipo manual, o de formación básica o avanzada, y de divulgación de conocimiento.

Esta descripción, advertimos que tiene riesgos por la dispersión de la información sin embargo, permite observar que en Colombia no hay una auténtica producción de saber penal distinta a la divulgación de saberes preestablecidos o preconstituidos.

La consecuencia ha sido una falta de cultura vernácula en la materia y la generación de conclusiones ligeras, lo que deja un margen de ausencia de fundamentos para un auténtico control social sobre el ejercicio de la función punitiva del Estado.

No se pretende que todo investigador del derecho penal esté forzado a agotar todo el derecho penal. Desde luego debe empezar por algún aspecto, pero debe construir un plan investigativo, si se quiere un modelo, que lo faculte para volver siempre al derecho penal como lo que es, es decir, *un sistema*. Así como en biología no podría estudiarse el corazón sin considerar la to-



talidad del cuerpo, el estudio etológico de las formas de agresión no exime de regresar a la organización del grupo; no es demasiado enriquecedor estudiar la legítima defensa, la culpabilidad, un delito en particular, la omisión o la acción, desprendiéndose del sistema penal y del ejercicio que de él forja una sociedad representada, que se piensa a sí misma de una cierta forma, que tiende hacia un determinado horizonte, que hace del derecho penal un ejercicio para alcanzar sus objetivos, o sin considerar el sentido del derecho penal, de su derecho penal.

La investigación del derecho penal reclama un plan, como dijimos, un método que vuelva al investigador hacia objetivos menos fugaces y mucho más pretenciosos en cuanto al objeto; que haga de su trabajo algo valioso más allá de las leyes y de los tiempos, acaso de la política de ocasión, y que resulte siempre valioso para quien en cualquier época quiera volver a dichos estudios y pueda comprender lo que en su momento fue la forma de control social más violenta que existe, y pueda comparar lo que ha pasado en su propio tiempo”⁵.

La urgencia de desatar un macroproceso de investigación socio-jurídica en procedimiento penal se constata, incluso, en la defraudación misma que las reformas han producido, pues se duda de que alguna de las realizadas hasta la fecha hayan producido los efectos jurídicos, tanto menos los sociales, que las han motivado al menos formalmente (Bernal-Montealegre, 2004; Espitia, 2006; Arias, 2006)⁶. Y cuanto se acostumbra a concluir frente al frac-

⁵ Tomado de la ponencia “La Investigación del Derecho Penal en Colombia”, autor: Manuel Fernando Moya Vargas. Cod. Sociojurídica. Encuentro Bogotá, 2010.

⁶ Tal efecto ha sido denunciado por casi todos los tratadistas de procedimiento penal colombiano. Véase, por ejemplo, a Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett. *El proceso penal, fundamentos penales de nuevo sistema penal acusatorio*. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. 2004. En el mismo sentido, Fabio Espitia Garzón. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Sexta Edición. Editorial Gustavo Ibáñez. 2006. Así mismo, Juan Carlos Arias Duque, *El sistema acusatorio colombiano*. Análisis desde su implementación. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2006.



so, es que tales “asaltos jurídicos” son producto del capricho, la improvisación e, incluso, del descuido cuando no de la ignorancia que parece orbitarlas con tanta asiduidad. La verdad es que sin estudios de verificación de los efectos sociales de las prácticas desatadas con respecto a las normas, cualquier reforma o decisión que se adopte respecto de ellas es inopinada.

Razón adicional es que bastante se ha criticado la “importación” de instituciones jurídicas, tanto como de teorías y desarrollos dogmáticos, aunque los mismos que señalan tal práctica como patógena no han hecho nada que pueda sin lugar a cuestionamiento, señalarse de original, porque para aportar una creación pragmáticamente útil es preciso construirla a partir de la sociedad a la que se dirige, lo cual demanda auscultar científicamente las prácticas sociales mediante un proceso de investigación apropiado. Lo cierto es que la llamada importación de instituciones no es en sí y por sí indeseable, lo verdaderamente crítico es que no se desplieguen los estudios pertinentes para diagnosticar las características generales de las instituciones que se precisan, su adecuación social y su construcción (Osorio-Morales, 2005).⁷

La causa esencial de este estado del estudio del procedimiento penal es la ausencia de un *imago* social del saber jurídico penal que involucre la práctica sostenida de procesos de investigación que converjan lo social con lo jurídico, como mecanismo de diagnóstico; lo social porque toda institución jurídica tiene por objeto cierto tipo de prácticas socialmente comprendidas; y jurídico porque derivan de la juridicidad de cierto tipo de correlación, o de la

⁷ Sobre la crítica específica planteada a la incorporación de la forma de enjuiciamiento acusatorio y adversarial pueden consultarse las discusiones que se tuvieron en el seno de la Comisión Redactora Constitucional creada mediante Acto Legislativo 03 de 2002. Particularmente, la sostenida por el doctor Carlos Mejía Escobar, Luis Camilo Osorio Isaza y Gustavo Morales Marín. *Proceso penal acusatorio, ensayos y actas*. Editorial Gustavo Ibáñez. 2005.



creencia de lo que debe entenderse por jurídico (Silva, 2001).⁸ Esos procesos son, en últimas, dispositivos de construcción de conocimiento que permiten verificar en primer lugar, las prácticas sociales que se desatan con ocasión de las instituciones jurídicas. Ulteriormente, los efectos que se producen, atendiendo los resultados y el impacto que tiene su ejercicio en la construcción de la realidad social; entre ellas, las formas como se articulan a otras prácticas sociales facilitando efectos no necesariamente jurídicos, pero determinantes a la hora de optar por una u otra institución.

Si se cuenta con una verificación sociojurídica de las prácticas concretadas en el espacio judicial, y las interacciones que conlleva específicamente el ejercicio del derecho penal adjetivo, es prudente diagnosticar el nivel de individuación social que se tiene de las instituciones vigentes; la forma como ellas se interrelacionan con otras prácticas sociales y, en consecuencia, los rasgos esenciales que deben observar las reformas, con miras a identificar su pertinencia en la producción de los resultados deseados, previendo siempre la capacidad de los involucrados en el campo jurídico para asimilar la institución y contribuir a la producción de los resultados propuestos por el creador de las normas (Bourdieu, 1993, 2003. Bourdieu-Teubner, 2000. Moya, 2007).⁹

⁸ Sobre la escasez de este tipo de producciones y sus efectos, véase el texto ya citado de Germán Silva García. De la misma forma, los trabajos desarrollados por este investigador, titulados, *El Mundo Real de los Abogados y de la Justicia*. VI. La profesión jurídica. VII. Las prácticas jurídicas. VIII. La administración de justicia. V.IV. Las ideologías profesionales. Universidad Externado de Colombia. 2001.

⁹ Una de las categorías de análisis que quiere ejecutarse proviene de los estudios de Pierre Bourdieu, quien ha proveído un desarrollo sistematizado a partir de los conceptos claves de “campo” y “espacio”. Específicamente aplicado al derecho, Bourdieu se ocupó del campo jurídico aunque parece haberlo asociado con el de espacio judicial. Al respecto puede consultarse en Pierre Bourdieu, *Cuestiones de sociología*. Editorial Istmo XX. 2003. Pierre Bourdieu y Guntz Teubner. *La Fuerza del Derecho*. Ediciones Uniandes. 2000, de este texto puede verse específicamente “Elementos para una sociología del campo jurídico”. Pierre Bourdieu. *Espacio social y poder simbólico*. Editorial Gedisa. 1993.

En cuanto a la distinción entre espacio judicial y campo jurídico, véase en Manuel Fernando Moya Vargas, *El delito de inasistencia alimentaria, un desfase entre la ley y la práctica judicial*. Universidad Santo Tomás de Aquino. 2007, particularmente el capítulo titulado *Fundamentos del análisis basado en el trasfondo jurídico*.



“1. Investigar el derecho penal: trascendencia y necesidad social

i. Aun cuando pueda parecer apropiado, así sea a un nivel introductorio, no nos ocuparemos de rescatar las definiciones que nos resulten más afines sobre lo que es o debe ser derecho penal e investigar, ni mucho menos proponerlas. Por ello tampoco diremos lo que entendemos por cada una de esas categorías. Al respecto, preferimos la coartada con que Edmundo Husserl sorteó una difícil logomaquia que atormentó a los filósofos que lo precedieron, y que resultó tan acertada que sobre finales del siglo XX otros como John Searle la adoptaron como propia, y que consistió en no abarcar la *verdad* como categoría filosófica para darse a la tarea ardua de plasmar una definición satisfactoria y, desde luego, lo que era mucho más difícil, procurar su demostración. Lo que hizo fue simplemente darla por existente. Evitó de esta manera tener que matricularse en las ideas platónicas o en las aristotélicas, y gracias a ello la verdad dejó de ser un obstáculo para su fenomenología.

Así que para los efectos de esta exposición damos por sentado que *derecho penal e investigación* existen, y que son importantes.

Lo que sí es inevitable en busca de nuestro objetivo, por breve que deba ser, es señalar la relación de los dos extremos, es decir, investigar y derecho penal, en términos de trascendencia y necesidad social (Silva, 2001).

Estos dos términos, de frente al conocimiento y al análisis epistemológico de los sistemas de castigo social, se reclaman interdependientes (Silva, 2005). Sin embargo, se aprecian dos riesgos probables. El primero consiste en que se separen hasta hacer de ellos dos extremos inconexos que ocasionalmente pueden llegar a encontrarse con oportunidad de sesiones específicas de estudio cuantitativo, lo cual haría pasar por inadvertido que no solo este tipo de conocimiento, sino todo el otro producido en



derecho penal, es generado a partir de procesos investigativos con determinadas características, algunas convergentes y otras completamente divergentes.

El segundo riesgo consiste en que se subtensionen irregularmente. Es decir, que a cambio de indiferencias forzadas, se los asocie parcelando lo uno o lo otro. Por ejemplo, que se piense que las únicas investigaciones asociadas con el derecho penal son las relacionadas con la sociología jurídica o la criminología, mientras que el saber producido respecto del penal general o el especial se agota en manuales de enseñanza o que esos trabajos no tienen más objeto que la exposición de un autor en particular. En consecuencia, concluirían quienes así piensan, lo uno y lo otro no están asociados en manera alguna.

Cualquiera de las dos situaciones termina contribuyendo de forma significativa a la producción de errores y extravíos, malentendidos y desalientos científicos ante prácticas irrefutables, tradicional y burdamente atribuidas a las incursiones de la política en el derecho penal (Ferrari, 1993, 2000, 2006), Lo cual, en el caso colombiano, se ha venido traduciendo en involución y dependencia simbiótica con respecto al pensamiento y a los resultados de las investigaciones extranjeras en materia de derecho penal, que no por simplemente extranjeras han de catalogarse de cuestionables, pero que fueron hechas desde y para una cultura de la cual no participamos definitivamente, y que traerlas sin más operación, es decir, sin auténtica investigación, se traduce en un trasplante que, lejos de fertilizar, más bien tiende a ocasionar erosiones y grietas con fondos traumáticos. Baste con considerar que el Código Penal colombiano es una especie de *goulash* de tendencias teóricas, hecho por profesionales que creyeron que el derecho penal era fundamentalmente teoría del delito, y en dicho código cada quien vertió la que mejor le pareció, sin apreciar lo incompatibles que son, lo cual constituyó el caldo de



cultivo para que los operadores judiciales del espacio penal puedan seguir aplicando el causalismo, al tiempo que el estructural funcionalismo, al amparo de la misma norma, es decir, el artículo noveno del código (Grosso, 2005).

ii. El propósito de análisis en este momento es volver básicamente sobre esa correlación. Por consiguiente, tampoco nos ocuparemos del estatuto científico del derecho penal. Si su objeto es la norma, o si es la conducta, o más bien si se trata de la responsabilidad; o mejor, si es todo ello o algo más, tampoco nos inquieta ahora mismo. Baste con atender que es una realidad social, un subsistema que forma parte del macrosistema social que, como la mayoría, nos permitiremos denominar anticipadamente, *control social* (Bergalli, 2003).

A tal efecto, lo primero que debe apreciarse es su determinación sistemática (Luhmann, 2005, 2007). Ciertamente, más que esa dicción de pretensiones científicas, según la habitual tendencia del positivismo, antes que cualquier otra cosa es ejercicio mismo del poder punitivo del Estado. Se trata adicionalmente de la peor violencia legítima que puede ejercer un Estado sobre las personas. Así que no sólo es terriblemente agresivo, pues no se concibe un derecho penal que no proponga penas aflictivas, sino que además resulta ser inevitable. Entendiendo que no hemos vivido sin él, ya que el único experimento conocido terminó siendo todo un fracaso, como casi todo lo que se propuso Stalin, quien ha sido el único conocido que ha osado desafiar el sentido social que lo precedió (Martínez, 1990).

Por cierto que habría sido Hegel quien primeramente advirtió sobre las cualidades acerca de las cuales intentamos llamar la atención. Fue ciertamente él quien observó en sus *Fundamentos Para una Filosofía del Derecho* (1993) que siendo el instrumento de mayor y peor afectación de los derechos de las personas, apenas podría ser válidamente comparado en sus efectos con la



guerra. Obsérvese que en ejecución del poder punitivo del Estado, lo cual en versión pretendidamente científica se nominaría *derecho penal*, una persona puede por acierto del juez (¡o sin él!), perder sus más caros derechos, desde la libertad hasta la vida; desde el ejercicio de su profesión hasta parte o todo el contenido de su patrimonio.

Dichos efectos del derecho penal reclaman hacer de él un objeto constante de investigación. Pues así como la enfermedad debe investigarse por las consecuencias que en tanto patología genera, el derecho penal tiene que investigarse porque produce efectos semejantes cuando no peores: daña personas, no solo a los procesados, sino a sus familias, y lo hace en sentidos múltiples, desde lo estrictamente individual hasta lo social en que se circunscriben; además, con una trascendencia tal que la rehabilitación suele ser casi imposible en no pocos casos. Si las enfermedades se investigan para morigerar o eliminar sus efectos, no se pierde de vista que, a diferencia de muchas enfermedades, las consecuencias indeseables del derecho penal en tanto obra humana pueden evitarse o al menos modularse (Stratenwerth, 1996).

iii. Por otra parte, toda organización social —y así se ha previsto desde las concepciones y propuestas conflictualistas de Morgan hasta las estructuralistas de Levy Strauss— ha ejercido formas de castigo social, lo cual otorga sentido, cuando no su eidos mismo, al derecho penal. Significa que sea un derecho penal primitivo, medieval, moderno o sea otro de corte *posmoderno*, parece que la sociedad de los hombres está condenada a convivir con él. Así que se tiene que investigar el derecho penal no solo por sus consecuencias, sino por la necesidad de su persistencia. Seguramente una sociedad idealizada, a la manera como lo soñó Henry David Thoreau, pueda pensarse —¿desearse?— sin derecho penal. Pero como lo observamos, ni siquiera las pequeñas sociedades escapan a una concepción y práctica del castigo social, de sus



propias formas de castigar a quien no acata sus normas, al menos, algunas de esas normas.

Más aún, tampoco las unidades más básicas de las composiciones macrosociales lo logran; así por ejemplo, es difícil pensar en una familia que no contemple reglas de conducta y castigos para los miembros que las incumplan. Puede que ello forme parte integral de la *ortopedia social*, es decir, de lo que a falta de las piezas originales debe instrumentarse para sustituir su ausencia, que, en este caso, bien podría ser llamado tolerancia, inteligencia emocional, hermandad, o cualquier otra, propia de los seres humanos. Pero, artificial o no, existe hasta el momento sin solución de continuidad.

Si el derecho penal, sea que quiera creerse que lo hacen plenamente los seres humanos, de la forma como pensó Hegel, o en cambio se prefiera la idea kantiana de un derecho de estirpe natural, lo cierto es que los humanos tienen una profunda incidencia en él, al punto de poderlo modificar y adecuar a sus intereses (Baratta, 1984; Balestena, 2006).

iv. Sin embargo, es probable que el lector se pregunte, ¿qué necesidad hay de justificar, así sea tan brevemente el investigar en derecho penal, si nadie lo discute? Y la respuesta parte de que no es igual *investigar en derecho penal que investigar el derecho penal*. Entonces no está en que se inquiete porque deba haber investigación o no, sino en advertir que un fenómeno de tanta trascendencia es en sí un objeto completo de investigación, y no la ocasión de que pueda eventualmente producirse dentro de alguna de sus ramas algo de investigación.

Lo anterior conlleva a que, haciendo del derecho penal un objeto en sí de investigación, no pueden operarse los procesos respectivos a cualquier costo epistemológico, a medias o por pequeñas parcelas, para al final desentenderse de todo el resto, pretextando que en todo caso hay investigación en derecho penal.



Observamos que el control penal es todo un sistema que, en tanto tal, descansa sobre una estructura compleja, y ninguna estructura se aprehende sino asumiéndola en su complejidad, no por partes, sino como un todo que tiene identidad, es decir, *su ser en sí*, parafraseando a los fenomenólogos (Luhmann, 2005).

Si bien más adelante nos ocuparemos de este aspecto en particular, conviene adelantar que al decirse *derecho penal* se afirma un subsistema integrante del sistema más general de control social (Bustos, 1993). En efecto, se incluye el fenómeno de ser operado por expertos, mediante un discurso especializado, en uso de un método y un capital simbólico específico, y en un campo sumamente amplio, ocupando un espacio concreto en que acontecen las exclusiones sociales propias de una actividad profesional y profesionalizante (Bourdieu. *La fuerza del derecho*, 2000).

Por consiguiente, así como el investigar un animal con capacidad de tracción no consiste en ocuparse nada más que de sus extremidades, investigar el derecho penal tampoco consiste en estudiar y exhibir las características de su discurso, así sea lo más visible de que dispone, al menos ante los ojos de quien ha constituido su saber penal a partir de la dogmática.

Por el contrario, la investigación del derecho penal concita aspectos que han venido escapando, incluso, al derecho penal mismo. Pues al afirmarse *un derecho penal* se está implicando además de su discurso, su fuerza simbólica, sus métodos, sus modelos comunicativos, sus formas de significación y construcción de su sentido, sus dinámicas, su capacidad de autorreferenciación, sus sinergias y entidad aflictiva de sus penas, su arqueología y el ejercicio social que se hace de él (Bourdieu, 2000).

Son todos estos los múltiples, variados y exigentes aspectos de conocimiento que surgen de la investigación en esta materia. Cada uno tiene entidad propia, sin que por ello dejen de concurrir en favor de una misma identidad, a favor de la cual la unión y



dinámica interactuante de sus piezas terminarán imprimiéndole calidad de sistema. Abordarlo de otra forma, es decir, como apenas un discurso, conlleva a seguirlo contemplando como un misterio, o, lo que es igual, condenarlo a permanecer desconocido, porque ignoto es todo aquello de lo cual no se haga un objeto integral de saber. Y mientras sea un misterio para la sociedad, es mucho más probable el abuso de su ejercicio, el sesgo de su origen, en fin, la prostitución de esencia.

Esta necesidad compleja de producción de conocimiento proyecta una serie entreverada de objetos concretos de análisis. Pero no se puede perder de vista que por concretos no dejan de conservar su sentido global de partes de un sistema. Surgen respecto de él preguntas que reclaman respuestas precisas, al igual que objetivos, hipótesis y, en fin, lo que coloquialmente llamaremos *inquietudes* investigativas, las cuales inevitablemente demandan esfuerzos, acciones, recursos, métodos y, ante todo, vocaciones de humanistas con una disposición clara e irrefrenable de enfrentar una realidad probablemente poco deseable por ser de aquellas alejadas de lo que quisiéramos encontrar en cuanto a sus contenidos. Acaso enrarecida por las incursiones de lo que *no debería ser o estar allí*, pero necesaria, impostergable e inevitable, justamente por lo que advertíamos: cuanto más desconocido es más peligroso el empleo que de ese instrumento llamado *derecho penal* puede hacerse. Y a falta de claridad seguramente caeríamos en la resignación del “tenemos el derecho penal que nos merecemos”, pero no porque fracasamos, sino porque ni siquiera lo intentamos.

Desde luego, la fascinación que debe despertar el derecho penal como objeto de investigación puede encontrarse trastornada porque la amplitud que le atribuimos, antes que animar, más bien suma en el desaliento al investigador, o también porque su evolución ha sido de paso paquidérmico; al fin y al cabo Michel



Foucault demostró que la prisión como castigo desde finales del siglo XVIII no ha tenido cambios demasiado importantes, y antes bien adolece de las mismas patologías desde entonces advertidas.

Sin embargo, lo cierto es que cejar en el proceso de profundización en cuanto a la arqueología del derecho penal, sus discursos, sus métodos y sus interacciones, no trae sino el conformarse con la idea vacua de tratarse el derecho penal de una *ciencia ficción*, lo que es igual que sumirse en la miopía social y en el conformismo de un destino fatal e inevitable; en fin, quedarse estático en medio de las sombras que fragua el sol sobre una montaña que, como cualquier otra, por detrás también proyecta luces, pero cuyo conocimiento reclama alcanzarlas, quizás desde su cima, y ante todo saber aprehenderlas.

Lo contrario es oscuridad e ignorancia que alcanza a contaminar igual a expertos que a legos. En cuanto a los primeros, por dar un ejemplo muy a la mano, se trata de los mismos que permitieron hacer carrera a una de las más descaradas mentiras, aquella que afirma que Colombia es un país sin política criminal. Afirmación tan absurda como pretender que quien no sabe a dónde va por ello mismo no debe saber andar y, en consecuencia, se encuentra en estado de quietud permanente; por consiguiente, controvierte las más básicas leyes de la física (Rico, 1987; Roxin, 1997).

Y acaso sea ello mismo lo que dio lugar a que los legos, –para proponer ahora otro ejemplo con respecto a estos–, sin saberlo, procuren en las mentes mediatizadas la producción de imagos falsos e injustos, como ese que se produce cuando los *mass media* acusan a los jueces penales de garantías de dejar en libertad sin más ni más a los delincuentes que, en cambio, a los organismos de seguridad y a la policía judicial les ha costado demasiado capturar. El juez aparece entonces como el cómplice del enemigo y el opositor de la seguridad y hasta de la lógica cotidiana. Mientras tanto, ¿dónde queda la validez de la decisión dirigida a la realización de los derechos y garantías que el de-



recho penal internacional suscitó y que la Constitución Política recepcionó? ¿En qué queda el sentido de la dignidad humana que en un Estado social y de derecho es igualmente predicable de delincuentes y de quienes no lo son? ¿Cómo se logra convertir en enemigo a quien realiza el heterocontrol de la rama judicial sobre la ejecutiva, momento que la humanidad echó de menos hace tanto tiempo y que le ha costado toda una historia constitucional alcanzar?

Pues bien, probablemente la indiferencia, la impotencia, la ceguera o la improvisación de los investigadores no constituyan la única causa de este tipo de efectos, pero su capacidad de incidencia en ellos es incuestionable, por lo menos en cuanto podrían advertir a toda una sociedad acerca de sus errores.

Trasciende la investigación del derecho penal, adicionalmente, en algo muy concreto: el compromiso específico del investigador, consistente en el deber de descubrir ante sí mismo y ante la sociedad de la cual forma parte, es una realidad ineludible que, de practicarse en sombras a falta de la luz que prodiga el conocimiento, conduce fatalmente a las constantes de vasallaje, miedo y miseria espiritual de un derecho penal totalitario, porque es ese el efecto de un ejercicio del poder punitivo, confiado ciegamente a quien se encarga del orden y de la seguridad sin ninguna suerte de control social. Por decirlo más simplemente, sin saber lo que se controla no es posible operar dicho control. Así que investigar integralmente el poder punitivo del Estado es la condición necesaria para propiciar el control social sobre su ejercicio (Foucault, 1984; Ferrajoli, 1999; Garland, 2005).

Enseguida se pretenden generar los fundamentos para una especie de mapa conceptual de lo que es la investigación en derecho penal, y pasar con base en él a un diagnóstico de lo que en este campo viene sucediendo en Colombia, anticipar algunos resultados y procurar algunas alternativas.

(...)



II. La investigación que se hace en Colombia sobre derecho penal

Un análisis concluyente sobre la forma de investigar en Colombia el derecho penal necesariamente tiene que prever varias situaciones difíciles de sortear, que pueden poner en tela de juicio las conclusiones.

Con base en las verificaciones y comparaciones logradas, podemos sostener que en Colombia hay investigación en derecho penal, pero que no se ha hecho del derecho penal en sí un objeto de investigación mediante métodos científicos y verificables, de carácter sostenible y estratégicamente elaborados como modelos de producción de conocimiento y sentido.

Varias razones nos permiten hacer esta propuesta de diagnóstico.

- i. En primer lugar, existe un fraccionamiento de los campos de investigación. Quiere decirse así que mientras algunos investigadores asumen las interacciones derivadas del derecho penal, otros simultáneamente estudian el fenómeno criminal, en tanto que otros estudian las categorías del discurso del derecho penal. Aquellos trabajan bajo el panorama de la sociología jurídica (como por ejemplo los trabajos de Silva García); los segundos, dentro de la criminología (por ejemplo, los trabajos originales de Alfonso Reyes Echandía), y los terceros, en lo que se ha querido designar propiamente derecho penal (se trata de los tratadistas regulares, como Grosso García, Juan Fernández Carrasquilla, Fernando Molina, entre otros).

Pese a que advertíamos que el derecho penal como objeto de investigación cobija todos los campos de exploración unificados dentro de una concepción amplia del mismo, como debe ser en materia investigativa, se registra una tendencia manifiesta al parcelamiento, sin advertir, por ejemplo, que el campo de la sociología jurídica no está fatalmente atado al



derecho penal, sino que también se puede hacer sociología del derecho civil, laboral, administrativo, de la administración de justicia, etc.

- ii. Por otra parte, muchos investigadores asumen un solo campo de investigación del derecho penal, frecuentemente atado a su discurso, y dentro de él se asumen apenas algunas categorías, sin un criterio de cobertura integral. De tal suerte que estudian algunos aspectos con una cierta visión, pero dicha visión queda siempre inconclusa a falta de un programa de cobertura integral.

Se encuentran así estudios sobre delitos, sobre procedimiento, sobre penología, sobre victimología, sobre teoría del delito, sobre ciencias auxiliares, pero no es extraño que el procesalista carezca de formación en teoría del delito y por consiguiente sus conclusiones se marginen de este constructo, operando un discurso paralelo del procedimiento, sin que valore la forma como converge o diverge de tal o cual discurso del derecho penal. Otro tanto acontece con el sociólogo del derecho penal, quien realiza estudios sin comprender los esquemas procesales e ignorando simultáneamente la teoría del delito, convirtiendo su discurso en una visión sin contenido jurídico.

- iii. También se apreció que muchas personas trabajan marginadas de la concepción de *grupo de investigación*, por manera que producen textos aislados de un proceso basado en una producción sostenida y sostenible, que se perpetúe más allá de los autores actuales.

Es frecuente hallar *textos* de las distintas áreas del derecho penal cuyos autores se encargan de actualizar cada reforma legal, procurando mantenerlos al día e, incluso, se advierte una cierta tendencia a asociar a ciertos autores con ciertos temas, con ocasión de los libros que producen.



Incluso, dentro de algunos grupos certificados ante Colciencias se hallan textos elaborados por varios autores, en los que cada uno se encarga de producir un capítulo asociado invariablemente con el tema en el que parece ser más docto, por cuanto suelen escribir de los mismos temas que escriben en sus obras propias y artículos. Pero no se advierte una transversalidad distinta a la unidad temática global del penal general o el penal especial, incluso del procedimiento penal. En rigor, se trata de textos que acumulan capítulos, ensayos o artículos diversos y de distintos autores, pero es extraño por ejemplo encontrar que en torno a un mismo tema se propongan las distintas perspectivas existentes.

Es muy frecuente que los grupos registrados ante Colciencias presenten las obras individuales de sus integrantes, lo cual significa que se acumulan los trabajos para potenciar la puntuación del grupo, pero en rigor no es producto de investigaciones operadas por el grupo o parte del grupo.

- iv. Si bien parece ser que lo más característico de la investigación en derecho penal en Colombia es la atomización de los campos, esta cualidad poco deseable tiene un efecto adicional, consistente en que no se establecen criterios de articulación y la falta de sostenibilidad de los procesos como consecuencia de asumirse de forma individual y sin criterio de producción de programas completos de investigación.

Esta situación hace que resulte muy difícil diagnosticar científicamente y a través de técnicas verificables el estado real de la cuestión. Esto por cuanto los datos se encuentran dispersos, y los que se aglutinan en bases como la de Colciencias, no son del todo confiables, no porque sea necesariamente deficiente el método de consolidación, sino porque no existe una cultura de la información acerca de lo que se produce ni



mucho menos criterios unificados que permitan consolidar una taxonomía investigativa compartida. Así por ejemplo, se incorporan como sociología jurídica algunos temas que otros grupos manejan como política penal, y otros como derecho penal general.

Con las condiciones descubiertas pudimos apreciar que Colciencias registra 226 grupos de investigación en derecho, apenas los superan en número las áreas temáticas de educación y medicina (los datos fueron extractados de la página el día 16 de septiembre de 2010 entre las 3:00 y 4:00 de la tarde).

De los 226 grupos encontramos que 19 se ocupan de temas directamente asociados con el sistema penal, haciendo uso de nominaciones diversas tales como derecho penal, dogmática penal, criminología, criminalística, procedimiento penal, etc.

La mayor parte de los grupos aparecen clasificados en categoría C, 7 en total, seguidos de la categoría D, dentro de la cual se hallaron 6, mientras que en categorización B hay 3 y, en A, apenas 2. Se encontró uno adicional sin categorización.

Con los riesgos de error que implica la falta de especificación nominativa, se quiere con ello decir que probablemente dadas las líneas de investigación, por convergencia pueden relacionarse 10 grupos adicionales sobre sociología jurídica.

Al analizarse la producción de los grupos se encuentra una tendencia manifiesta a la producción de artículos y libros tipo informativo, es decir, a manera de *manuales*, o como lo llamaron los juristas romanos clásicos y posclásicos a este tipo de obras, de instituciones, pero no es común encontrar libros de derecho penal catalogados como resultado de investigación.

Acaso ello se deba a que no existe un concepto claro de lo que es investigar el derecho penal, y los grupos se empeñan en intro-



ducir lo más que puedan de la producción de sus integrantes, a fin de obtener el reconocimiento institucional que procura Colciencias.

La mayor parte de la producción toma constructos teóricos europeos, con una muy marcada fuente de consulta alemana y española, y de frente a dichos modelos teóricos se contrasta la ley penal colombiana.

Es importante advertir que la mayor parte de autores consultados, que abrevan en las obras de autores extranjeros, raramente van a las fuentes que dieron lugar a las propuestas de aquellos. Así por ejemplo, en materia de estructuralfuncionalismo penal, no es nada común que los tratadistas nacionales acudan a la obra de Luhmann o de Habermas ni a los filósofos del lenguaje, tanto menos a las obras de los biólogos, de donde surgieron las propuestas originales.

Más aún, también se echó de menos la consulta de las actas redactoras de los códigos, aun cuando ello podría explicarse en que las del Código Penal en sí no se encuentran (Ley 599 de 2000). Sin embargo, las correspondientes a la Ley 906 de 2004 están publicadas, pero es muy extraño que los estudiosos del procedimiento penal colombiano acudan a ellas.

Sin embargo, no se hallaron propuestas concretas de construcción de modelos teóricos a partir de investigaciones o procesos investigativos originados en el país, así que no existen aportes al derecho penal desde Colombia.

Por otra parte, se apreció que existe una tendencia a la producción de textos asociados con las formas de procesamiento penal de corte acusatorio y adversarial más o menos a partir de 2005-2006, lo cual corrobora que se producen textos tipo manual también en este campo, orientados principalmente a explicar la legislación colombiana, pero no se halló una constante de



producción en línea de investigación en la materia, de donde se deriva que se tiende a investigar a partir de situaciones coyunturales, mas no con criterio de procesos de generación de conocimiento planeados a largo tiempo ni muchísimo menos con la idea medular de consolidar seminarios permanentes.

Los estudios, por otra parte, evidencian una muy acentuada carencia de trabajos de campo que permitan adentrarse en la administración de justicia penal colombiana.

Se estudia la jurisprudencia de las altas cortes; eventualmente, la de los tribunales; muy extrañamente, la generada por juzgados penales de nivel circuito o penal municipal.

Es muy raro, como se observaba, encontrar estudios de base estadística que permitan visualizar la realidad colombiana, aun cuando eventualmente se hacen estudios de caso en que se critican específicamente o que se usan como ejemplificaciones tipo explicación.

Sin embargo, se pudo establecer que algunas instituciones públicas han adelantado investigaciones en derecho penal, con base estadística. Se tienen por ejemplo trabajos del Consejo Superior de la Judicatura, la mayoría de los cuales no han sido publicados.

Algunas instituciones, como la Fiscalía General Nación, presentan sus estadísticas oficiales, pese a que no es su tendencia formular, con base en ellas, estudios de tipo cualitativo.

Por otra parte, no hay sino una revista indexada que se ocupa por especialidad de temas penales. Ciertamente la única es la revista de la SIJÍN, titulada *Criminalidad*, la cual tiene categoría C.

Desde luego, se han encontrado algunos artículos sobre temas penales publicados en revistas jurídicas indexadas, pero se echa de menos una especializada integralmente en temas penales.



De los 53 pares evaluadores registrados ante Colciencias, apenas 6 figuran como especialistas en temas penales, situación que permite inferir que no hay una necesidad inmediata de pares, no porque no sean importantes o necesarios, sino porque la producción en la materia no ha impuesto en cantidad la necesidad de disponer de un mayor número”*

* Tomado de la ponencia “La Investigación del Derecho Penal en Colombia”, autor Manuel Fernando Moya Vargas. Red Sociojurídica. Encuentro Bogotá, 2010.



Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo



Objeto de análisis aplicado

II. Objeto de análisis aplicado

El proceso de implementación del enjuiciamiento penal acusatorio y adversarial en Colombia, como en la generalidad de las reformas legislativas nacionales, se ha caracterizado por haber surgido sin respaldo alguno en estudios de identificación e impacto de las prácticas judiciales (Moya, 2002).¹⁰

Dentro de la racionalidad que se adujo como justificante para la reforma, es decir, la necesidad de corregir los yerros de la estructura procesal penal precedente, constituía un reclamo inevitable haber desatado los procesos de investigación necesarios para establecer el origen cierto de las falencias atribuidas al enjuiciamiento penal de raigambre napoleónica. Ello con el propósito de identificar, a su vez, si una forma judicial radicalmente diferente resultaba idónea para enmendar las falencias observadas. Tanto más urgía desatar dichos procesos investigativos, si se repara en que el procesamiento napoleónico operó en Colombia durante casi dos siglos; que a partir de él se construyeron los precedentes judiciales conocidos y, en fin, que toda la forma de pensar el proceso penal estaba atravesada por el esquema que se decía debía ser superado mediante el proceso acusatorio y marcadamente adversarial. Una reforma tan radical debió haber aparecido

¹⁰ Al respecto pueden verse artículos varios en la Revista La Defensa, particularmente, “¿Hacia una cultura de la oralidad?” de Manuel Fernando Moya Vargas. Primera Edición. 2002.



fundamentada en un diagnóstico de viabilidad y probabilidad, en donde se auscultaran las posibilidades reales de impactar la significación compartida de las prácticas jurídico-procesales, en una sociedad con precedentes que informaban riesgos inminentes.

En ausencia de tales estudios investigativos apareció el enjuiciamiento proveído mediante la Ley 906 de 2004, asaltando incluso la formación tradicional de los abogados. De suerte que se dio inicio sin tener un criterio sólido para presagiar si funcionaría o no, si era apto para alcanzar los propósitos anunciados, si se disponía de los recursos intelectuales y culturales indispensables, si la formación de los abogados era apropiada o demandaba como exigencia de calidad la reorientación universitaria, en fin, si la estructura era compatible con nuestra sociedad y, ante todo, qué demandas intelectuales, disciplinares, comportamentales, culturales, etcétera, se imponían para implementar convenientemente las condiciones mínimas necesarias para dar inicio a la apropiación e individuación del nuevo ejercicio procesal penal (Bourdieu 1993, 2000, 2003. Moya, 2007).¹¹

En ausencia de dichos estudios, la experimentación inopinada volvió a operar, como en términos generales ha sido una constante en el país a la hora de propiciar una reforma legislativa.¹²

¹¹ Acerca de los propósitos que asistieron al legislador mediante la reforma de fondo del esquema procesal penal colombiano, puede consultarse la exposición de motivos presentada por el doctor Héctor Helí Rojas, cuyas intervenciones se realizaron conforme a las siguientes actas: Acta 38 del 25 de mayo de 2004 Senado, Comisión Primera, *Gaceta* No. 354 de 2004. Acta 39 del 26 de mayo de 2004, Comisión Primera de Senado. *Gaceta* No. 377 de 2004. Acta 40 del 27 de mayo de 2004, Comisión Primera de Senado, *Gaceta* No. 378 de 2004. Acta de plenaria 50 del 9 de junio de 2004.

¹² Uno de los casos más significativos de improvisación en cuanto a las reformas legislativas en materia penal colombiana, recuérdese el relacionado con las llamadas conductas antisociales, documentado para la historia por quien reconoció públicamente la situación, Jorge Enrique Gutiérrez Anzola. *Las conductas antisociales*. Ediciones Lerner. 1964.

Como recientes casos pueden citarse las críticas que se hicieron a la denominada Ley de Seguridad Ciudadana, Ley 23 de 1991 y la 228 de 1997, así como a la suerte que se corrió con este tipo de reformas. Si bien otras áreas de la especialidad jurídica son igualmente señaladas del mismo vicio, como la Ley 100 de 1993.



Se cumplen actualmente ya algo así como cinco años de ejercicio del enjuiciamiento acusatorio, y las resistencias de casi todos los operadores del espacio judicial no ha sido algo sin importancia, tanto que se han venido introduciendo prácticas incompatibles con el esquema de enjuiciamiento de la Ley 906 de 2004, llegando incluso a contrariar el sentido natural de su letra, pero que en todo caso son tomadas de las prácticas derivadas del proceso napoleónico tipo Ley 600 de 2000. Y lo que parece ser todavía más crítico, muchas de tales *contrarreformas* se encuentran fundamentadas en la jurisprudencia de las altas cortes, que ya reclaman con fuerza de ley a su precedente judicial. Lo que resulta más crítico es que mientras se opera el proceso de adaptación, las resistencias culturales no se apiadan del futuro ni el presente de las personas que se encuentran en la necesidad de acceder al servicio público de la administración de justicia (Arias, 2006).

Por manera que el país ha sido sorprendido en su inocencia para ejercer un mecanismo de enjuiciamiento criminal, para el cual no se hallaba preparado, aunque quizás muy bien dispuesto a superar sus falencias, pero son estas dos características que ni se confunden ni mucho menos se suplen la una con la otra. Así que, a la manera como en ausencia de diagnóstico se recomienda una fórmula médica sin otro orientador que el deseo más bien desesperado por alcanzar el estado de salud anhelado, se tomó el medio que de buena fe se creyó que funcionaría, sin pensar detenidamente que una institución jurídica es una forma de vida de la sociedad que la practica, que por tanto debe ser asimilada no de forma ciega e intuitiva, sino racional y controlada. Por manera que se encuentra la Nación en medio del proceso de individuación o apropiación de la nueva institución, ajustándose a un esquema procesal del cual se generaron toda suerte de expectativas, pero que no se sabe si se están produciendo los efectos presupuestados, entendiendo que ello debe alcanzarse a



través del ejercicio de las garantías procesales internacionalmente admitidas.

En estas circunstancias, la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo puede subvenir a la falencia denunciada, desarrollando los procesos de construcción de conocimiento necesarios para proveer al país de una base científica de constatación de lo que es el proceso penal en la realidad social, entendiéndolo como mecanismo de institucionalización de situaciones críticas de conflicto. Es, ciertamente, un momento histórico en que puede identificarse cómo está creciendo la Nación a través de sus prácticas judiciales; especialmente, si ellas se orientan hacia los fines buscados, si es preciso reorientarlas o si se requiere de reformas, cuál es el sentido que debe imprimírseles sin caer en los vicios presentes en la historia de las reformas normativas de la Nación.



Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo



Un preámbulo necesario para abordar el tema central

Un preámbulo necesario para abordar el tema central

La verdadera reforma procesal penal colombiana, operada a través de la Ley 906 de 2004, no es en sí la introducción de una forma procesal completamente ajena a la historia del proceso penal colombiano. En realidad, la novedad y la gravedad de la reforma está asociada con la introducción, a partir de la reforma constitucional, de los principios acusatorio y adversarial con efectos simultáneos.

Si bien cada uno compromete una entidad y estructura independiente, es su articulación lo que particulariza la reforma. Según el primero, la labor investigativa y acusatoria es completamente independiente de la decisoria de fondo. Significando que las decisiones se producen por funcionarios institucionalmente distintos, respecto de los encargados de llamar a juicio a una persona.

El segundo principio informa que la única forma como puede haber litigio y, por consiguiente, un verdadero proceso penal con vocación a consolidarse en el juicio oral, público y concentrado, es a condición de que coexistan pretensiones jurídicamente incompatibles, esto es, que la realización de una conlleve necesariamente la irrealización de la otra.

La consagración legal de los dos principios no informa necesariamente acerca de la manera como hayan de ejercerse. Es decir, no es la ley la que les provee un contenido, sino a través de la práctica judicial como el país se apropia de dicha institución, los modula y, por consiguiente, los define.



¿Cómo ejercen los jueces dichos principios? ¿Cómo los aprovechan los litigantes (defensores y fiscales)? ¿Qué distancia toman con respecto a ellos el Ministerio Público y las víctimas?, son, entre otras, graves inquietudes que determinan lo que son esos principios en la práctica judicial colombiana y, por consiguiente, tras el diagnóstico pueden sobrevenir propuestas específicas respecto de ellos.

Como se indicó arriba, no se trata de desatar procesos de acumulación de teorías para proyectarse como vanidad intelectual, sino, por el contrario, verificar qué significado adquieren esos principios en la práctica, resaltando que ni siquiera el legislador los proveyó; en consecuencia, esa determinación del contenido la está proveyendo el espacio judicial actuado por nuestros abogados.¹³

Por otra parte, las llamadas *garantías judiciales*, bien entendidas, constituyen limitaciones al poder punitivo del Estado (Moya, 2000). La mayor parte o, al menos, las más importantes, provienen de la decisión concertada de la comunidad internacional de limitar el ejercicio del poder punitivo de los estados nacionales. De manera que, siguiendo los lineamientos del derecho internacional, los estados a través de sus legislaciones incorporan dichas garantías pudiendo extender su protección, pero lo que no les es permitido es precisamente lo contrario, es decir, restringirlas. De ahí que podamos sostener la existencia de garantías impuestas por el derecho internacional y otras desarrolladas por las legislaciones nacionales. De cualquier forma, no son valores, sino principios a propósito de su vocación a la aplicación inmediata.¹⁴

¹³ Desde luego, sin perjuicio de la determinación óptima de los estados del arte que los procesos de investigación demandan como prerrequisito óptico de orientación. Es bueno así mismo aclarar que tampoco se pretenden estados del arte rígidos a los cuales deba sujetarse la investigación, porque se espera que de la dinámica misma de los procesos de investigación se vaya nutriendo dicho estado del arte.

¹⁴ La diferenciación entre valores y principios obedece a la significación que a cada una de estas categorías les ha dado la jurisprudencia de la Corte Constitucional.



Se ha dicho que el proceso penal acusatorio y adversarial resulta más apropiado para el ejercicio puntual de dichas garantías. Sin embargo, la experiencia reciente de otros países demuestra que ello no es necesariamente cierto, como que en rigor las garantías procesales operan en cualquier estructura procesal a condición de que existan las condiciones idóneas para su ejercicio¹⁵. Tal idoneidad no solo depende de los funcionarios judiciales, sino de la capacidad de los actores judiciales para demandar su cumplimiento.

En tanto instituciones, las garantías procesales son mucho más que enunciados teóricos; esto significa que su cumplimiento no depende exclusivamente de su consagración legislativa, es ante todo la forma como se ejerzan, de lo que depende el estar siendo observadas y, lo que informa el sentido que adquieren es la práctica judicial.

Así que, la realización o irrealización de dichas garantías, solo puede ser verificada a través de la constatación de esa práctica, es decir, la manera como son concebidas y ejercidas por los actores judiciales. En consecuencia, se precisa establecer cuáles son las formas de realización y de irrealización de las garantías en el espacio judicial colombiano, para poder concluir qué tanto se le da cumplimiento a las disposiciones internacionales que las consagraron, y que constituyen bloque de constitucionalidad. De ahí que la prioridad a que se está haciendo referencia se encuentre enunciada como “ejercicio” de las garantías y no como “garantías”, pues se trata de acceder a la práctica judicial, y no seguir teorizando sobre un tema sin saber su efecto en el campo jurídico, escenario natural de su ejercicio.

Desde luego, de tal observación surgirá un criterio sólido de diagnóstico para establecer en qué medida el ejercicio del enjuiciamiento acusatorio y adversarial en Colombia ha resultado ser

¹⁵ Véanse los datos que arroja la Defensoría Pública de la Provincia de Buenos Aires.



apropiado para la realización de las garantías fundamentales del proceso penal.

En tercer lugar, y acaso sea este aspecto el más complejo por la falta de experiencia que arriba se señaló, debe apreciarse que el espacio judicial es un laboratorio social donde se produce, por una parte, la verdad judicial; y, por otra, se construyen procesos sociales de autorregulación. Desde este punto de vista, al proceso penal concurren los actores necesarios para ejecutar lo que Bourdieu designó como “juego judicial”, observando que sin dichos actores no es probable el proceso; el juego, compromete una serie de roles y expectativas de rol que decantan su contenido en las llamadas regulaciones sociales, es decir, formas behavioristas de ejercicio de los roles procedentes de las prácticas compartidas y generalizadas, consolidadas en torno al sentido que comparten los actores involucrados.

La manera como los actores ejecutan el juego podría decirse que debe responder a las reglas preestablecidas, lo cual es sin embargo una idea demasiado ambigua si se estima que las normas son objeto de interpretación, adaptación, ejercicio y reconsideración, lo que arroja como consecuencia formas específicas de practicarlas. ¿Cómo se ejercen los roles de juez, fiscal, defensor, agente del ministerio público, representante de las víctimas, en el espacio judicial colombiano? ¿Cuáles son las prácticas generalizadas por los actores judiciales en Colombia? ¿Hay variaciones de género? ¿Existen variantes regionales? ¿Qué expectativas de rol tienen los actores judiciales colombianos y cómo reaccionan cuando resultan defraudadas? ¿Qué distingue a los actores judiciales colombianos de los de otros medios donde se practican las formas de enjuiciamiento acusatorias y adversariales? ¿El llamado sistema acusatorio ha alterado la imagen social del juez? ¿El significado social del abogado se ha modificado a propósito de la nueva forma de procesamiento penal?



Todas estas y otras muchas más preguntas coincidentes pueden responderse a través de procesos investigativos que informen de manera verificable, a través de un método científico, cómo se ejercen los roles judiciales en Colombia y, por consiguiente, se permitiría saber qué y cómo es un abogado en Colombia. Adicionalmente, esa identificación permitiría establecer metodologías para impactar esas prácticas desde los escenarios formativos de los abogados.

Además de los interesantes resultados que arrojaría el diagnóstico, servirían de fundamento para preparar a los defensores públicos y privados, más allá de lo meramente jurídico, en el ejercicio social del abogado en Colombia.

“1. Campos de investigación en derecho penal

Ya tuvimos ocasión de anticipar que el abanico de alternativas investigativas del derecho penal es particularmente amplio. Ahora, y sin pretensiones taxonómicas, señalaremos los aspectos más distinguidos de cada una de ellas, observando sí que el hecho de mostrarlas separadas no tiene más explicación que propiciar una fórmula de presentación, sin que ello sirva de pretexto para reiterar el tan manido vicio de separarlas en el momento de operar procesos investigativos.

1. *Discurso penal y método del derecho penal.* En primer lugar, como cualquier otra área del saber que se precie de científica, exhibe tanto un discurso como un método, ambos en permanente constitución, correlativos y coexistiendo el uno en función del otro.

En tanto discurso, se aprecia la generación de un modelo teórico que intenta explicar un fenómeno social de manera científica, anticipando respuestas a los problemas avizorados. Un modelo teórico es un complejo de ideas fundamentadoras e ideas derivadas mediante las cuales se procura explicitar las formas de ejercicio del poder punitivo del Estado. Desde



luego, su integridad está condicionada a la observación de las leyes de la lógica, en términos de consistencia y verificabilidad. Cuanto más completo, menos contradicciones y mejor aptitud para provocar respuestas coherentes a las inquietudes que la realidad plantee (Foucault, 1983).

Pese a que no compartimos la concepción de la *dogmática*, podemos afirmar que el conjunto de los distintos discursos o modelos teóricos del derecho penal es lo que la tradición ius penalista ha denominado precisamente *dogmática*.

En cambio, el método está informado por la *aplicabilidad* de los postulados del discurso. No es difícil con que se trata específicamente de los esquemas procesales que permiten la realización –no en cambio la irrealización–, de las ideas fundamentadoras del modelo teórico. Ello no obsta desde luego que puedan provocarse a su vez modelos teóricos asociados con las formas procesales; sin embargo, ningún esquema procesal puede surgir inepto para aplicar el discurso que fundamenta el modelo penal. De hecho, no es concebible un esquema procesal en que no pueda practicarse el modelo penal sustentado en el discurso ni preverse un discurso del modelo procesal completamente inconsulto u opuesto al constructo teórico de derecho penal que se piensa aplicar a través de aquel. Lo uno debe implicar lo otro para ser coherente en tanto sistema.

Sin embargo, se aprecia una tendencia sostenida a separar el modelo teórico del método procesal, pensando que pueden coexistir sin la debida interdependencia. Extrañamente no se habla de una *dogmática* procesal cuando sí de una penal.

2. *Control social y práctica del derecho penal.* En segundo lugar, como lo hemos ya indicado, el derecho penal forma parte de un concepto mucho más amplio como es el *control social*



jurídico, especificado en el ejercicio en sí de la potestad punitiva del Estado (Ferrari, ob cit. Supra).

Para una mejor claridad de este aspecto, advirtamos que el derecho penal es una institución que, por oposición a los llamados hechos brutos, tiene la aptitud autorreferente de producir realidad social. Es por ello que genera sus propias definiciones y sus propias categorías: sin derecho penal no hay delincuentes, ni delito, como tampoco responsabilidad, absueltos o condenados. Y más aún, a partir de sus propias creaciones se concatena con otras instituciones, con las que procura así mismo realidades inexistentes a falta de ellas; así, el derecho penal se articula a las fuerzas armadas del Estado; estas, a su vez con otras, como el poder legislativo, en un circuito de dinámica permanente, que termina ejerciendo la cualidad autopoiética del sistema general de control social.

Obsérvese que el derecho penal impacta el comportamiento, o al menos es esa su pretensión: dadas ciertas conductas habrá castigo; la venganza dejó de ser potestad particular, y cedió en favor del Estado, el cual la ejerce a través de sus expertos.

Sea por temor, sea por convicción moral o ética, o por cualquier otra razón, el grueso de las personas prefieren no tener que enfrentar el sistema penal, y la mejor forma de lograrlo es cuidarse de provocar las condiciones que lo enervan, es decir, los comportamientos que facultan su intervención. Tal efecto se logra, bien adecuando, las conductas, de suerte que no encajen dentro de los presupuestos factuales de las normas prohibitivas, ora desligándose de cualquier forma conductual que pueda caber dentro de sus modelos. Sea la una, sea la otra, el efecto es que a la manera de una caja de Skinner se produce una modulación constructivista del comportamiento. Si ello es fruto del ejercicio de un sistema, creado para ello, sin duda puede señalarse como una forma de control de comportamiento humano.



Pero el derecho penal es apenas una forma de control del comportamiento de las sociedades. Quizás sea el peor o el más violento, mas no por ello el único, y ni siquiera el más efectivo, es apenas uno, al lado del control civil, policiaco, laboral, administrativo, familiar, escolar, etc. Si se piensa en términos parsonianos, se aprecia cómo los niveles primarios, secundarios y terciarios de socialización convergen al producir efectos similares y mucho más efectivos en cuanto operan en conjunto sobre el comportamiento de las personas sujetas a su control. Un niño en una familia es alguien que debe aprender, y normalmente así sucede, a comportarse de determinada manera; de no hacerlo, seguramente no irá a prisión con rejas dentro de un panóptico, pero el confinamiento a su dormitorio, no deja de tener ciertas coincidencias, y en todo caso sabrá que dadas algunas conductas específicas, perderá ciertas libertades, y sufrirá de aflicción infligida por las autoridades del lugar.

Al ir a la escuela primaria y secundaria, no solo se aprenden datos e información, y se adquieren destrezas y desarrollan habilidades, también se aprenden códigos, sentidos y comportamientos, junto con las formas de castigo que su desconocimiento genera.

También se modula el comportamiento, también se construye realidad social. Las convergencias de los distintos escenarios de control son ineluctables, y el derecho penal se incardina dentro de todo ese sistema de control operado por la sociedad para que sus integrantes adhieran y satisfagan ciertas expectativas.

La forma como se articulan los distintos modelos de control social, desde el familiar hasta el penal, así como sus interacciones, sus mutuas funciones e intercambios, reclama un campo bastante complejo de verificación, asequible nada



más que mediante procesos investigativos cifrados sobre el modelo de control penal.

3. *Gnoseología penal*. En tercer lugar, en tanto control social especificado en control jurídico penal, el derecho penal opera un cierto abordamiento de la conducta humana (Bustos, 1983). De hecho, no es concebible un derecho penal desasido de ella, so pretexto de no ser estrictamente su objeto. Incluso las visiones normativistas del derecho penal han precisado volverse sobre el comportamiento, no para abordarlo de la manera como lo hacen la economía, la sociología, o cualquier otra ciencia humana, sino en cuanto precisa para completar su objeto científico. Como se sabe, la acción ha sido una idea polémica del derecho penal, al punto que en tiempos relativamente recientes ha debido acudir a la filosofía del lenguaje para salir del aprieto en que se encontró, en busca de una explicación plausible, claro está, en términos de discurso, frente a la acción humana objeto de su interés.

Precisamente por ello se articula con otras áreas que convergen en su objeto de estudio, como las antes mencionadas, y también con la política, la psicología social, la semiótica, la comunicología, entre otras, que, al igual que ocurre en el derecho penal, abordan el comportamiento humano, o ciertos aspectos de él, pese a que proponen perspectivas distintas ó, como lo dijo Merleau Ponty, *hacen presa* de un mismo objeto a partir de *tomas de situación* completamente distintas.

En el siglo XIX la idea de acción en el derecho penal estuvo profundamente ligada a la psicología, como en la actualidad lo está con la filosofía del lenguaje y la semiótica. Por ello mismo, el derecho penal clásico y de fundamentación positivista es evidentemente kantiano, y por ello mismo, receptivo de la concepción sicologista del ser, que, en términos



penales, fue traducido a esa categoría que tanto ha ocupado a los penalistas como es la culpabilidad. En el siglo XXI, en que el predominio del modelo epistémico de la psicología fue arrasado por el de la economía, se aprecia una tendencia que empieza a florecer, en favor de las ideas hegelianas del derecho penal, en que la culpabilidad empieza a dejar de ser el fundamento de la responsabilidad, y se sustituye por el de incumplimiento de las expectativas sociales de rol.

Cuando acontecen estos *apareamientos* epistémicos, el cruce de genes de cada saber engendra embriones con cualidades que, si confiamos en una cierta versión darwiniana, concluiremos que produce efectos diferenciadores y proyecciones que antes no existían.

Así por ejemplo, ¿cómo entender el derecho penal de estirpe estructural funcionalista sin contar con las teorías sociológicas de Parsons o de Merton y más recientemente de Luhman y de Habermas?, lo que a su vez remonta a la biología de Maturana. Leer esos caminos es asunto de la investigación, puesto que no surge de las leyes ni de la dogmática entendida como estructura cerrada. El ser penalista no conlleva entender los procesos de estructuración de los constructos penales, de la misma forma como se puede ser civilista sin entender la ruta originada y concluida por el derecho clásico de los juristas romanos. En fin, se puede ser abogado sin ser necesariamente jurista, porque en esto se convierte finalmente el investigador en derecho.

Así, leer esos *códigos genéticos* es un objeto de saber mediante procesos investigativos ciertamente complejos que permiten descifrar las cribas del derecho penal, en tanto fue alterado su curso y por consiguiente su dirección se renovó hacia parajes antes inadvertidos.

4. *Interaccionismo epistemológico*. Profundamente ligada con la anterior, aparece a la conciencia ese campo específico de



investigación en derecho penal basado en lo que en alguna época se denominó como *ciencias auxiliares del derecho penal*. En ese y en este tiempo enriquecen aún más las probabilidades de convergencia científica, sea en el método, sea en el discurso, ampliando las posibilidades de producción de conocimiento.

En el aspecto u objeto que describimos en el numeral tercero observamos que existían contactos epistemológicos de distintas áreas del saber que se correlacionaban, afectando significativamente el curso de un objeto científico. Fue así como se apreció a título de ejemplo la conversión de un derecho penal kantiano, con influencia de la psicología del siglo XIX, hacia un derecho penal de estirpe hegeliana, con manifiesta influencia epistemológica de la sociología, la economía, la filosofía del lenguaje, la semiótica, entre otras.

Pero existen encuentros de distintas áreas del saber en que no se proyectan invasiones o engendramientos, en procura de criaturas distintas, sino que a la manera de dos anillos que se rozan en un punto compartido sin cruzarse como dos aros de mago, se vuelven sobre sí conservando su identidad y su mutua independencia. Se sirven el uno al otro pero no se fusionan.

La medicina, por ejemplo, se encuentra con el derecho penal en términos de medicina forense. Sin embargo, las bases epistémicas de la medicina no incursionan en las del derecho penal para procurar un derecho penal informado de los métodos de la medicina. Algo similar puede acontecer entre el derecho penal y la química o la geometría. Desde luego ello no obsta para que en un momento dado, encontradas las condiciones propicias, acontezca una fusión de otro orden, pese a que no se vislumbra así por el momento, o por lo menos los resultados de investigación en materia penal no permiten sostenerlo.



En consecuencia, es otra forma de encuentro el que acontece entre el derecho penal con otras áreas del saber, como las mencionadas, en que la una se sirve de la otra con fines específicos.

El establecer el tipo de servicio, o por decirlo de otra forma, de auxilio, que permiten esas otras áreas del conocimiento al derecho penal es un objeto específico de investigación que se presta a la formulación de problemas investigativos importantes y necesarios de considerar; por ejemplo: ¿qué tanto ha influido la prueba de ADN en la declaratoria de responsabilidad de las personas procesadas y en qué tipo de reato?

5. *Justicia penal.* Y en quinto lugar, debemos señalar al que parece ser el objeto de mayor convergencia respecto de las distintas especialidades del derecho, al menos en función investigativa, sin que por ello deba perder la identidad que a cada una corresponde: la justicia; y en tratándose de derecho penal, más concretamente, diríamos la justicia penal (Kant, 1989; Hegel, ob. cit. supra).

Como es bien sabido, existe un sinnúmero de teorías del derecho y de teorías de la justicia que intentan explicarla conforme a sus postulados; de hecho, no es novedad; por el contrario, es algo que por largo tiempo ha inquietado al pensador del derecho. Al fin y al cabo, incluso Aristóteles cedió a dicha inquietud y se permitió ocupar con este tema una importante sección de su ética nicomaquea. A su turno, Tomás de Aquino y Agustín de Hipona otro tanto hicieron. Más adelante Dworkin, Hart y en general los más recientes teóricos del derecho han formulado ideas acerca de la justicia.

La justicia penal es de por sí compleja en cuanto el derecho penal a través de su método es capaz de comprometer, así sea tem-



poralmente, carísimos derechos aun antes de que se profiera la sentencia de mérito. Por ejemplo, la probabilidad de asegurar al procesado mediante prisión preventiva es una decisión de tal trascendencia que prácticamente precipita la pena; por ello mismo se demanda volver sobre los postulados materiales y formales, es decir, aquellos que permiten adoptar una decisión de tal magnitud.

Cómo se construye la responsabilidad penal, qué elementos jurídicos y extrajurídicos concursan en la mente del juez para producir la sentencia, qué papel juegan las pruebas y las alegaciones de las partes, evidente inquietudes que no pueden ser absueltas por vías sino tras haber agotado procesos investigativos científicamente sostenibles y verificables que, al cabo, terminen mostrando cómo es que se practica la justicia penal.

Podría especularse que existen disposiciones legales en plena vigencia que absuelven la duda. Sin embargo, no es necesaria y fatalmente lo mismo, es decir, el contenido de la norma y aquello que de dicho contenido hacen los operadores de la justicia penal. La verdad sea dicha, ya existen trabajos investigativos que demuestran el divorcio que puede haber entre esos dos extremos.

Desde luego, hay una camino bastante extenso por recorrer en la materia, tanto que no existen fundamentos verificables para poder afirmar cómo se practica la justicia penal en nuestro país”*

* Tomado de la ponencia “La Investigación del Derecho Penal en Colombia”, Autor Manuel Fernando Moya Vargas. Red Sociojurídica. Encuentro Bogotá, 2010.



Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo

IV

Las personas ausentes y el esquema de procesamiento

Las personas ausentes y el esquema de procesamiento

La condición de la persona contra quien se dirige la acción penal es un aspecto determinante en cualquier esquema procesal. Siendo las dos probabilidades conocidas que el procesado se encuentre presente o ausente, la tipología del proceso conlleva efectos concretos que se precisa valorar a fin de establecer el nivel de eficacia de sus derechos y garantías fundamentales. Tal aspecto puede identificarse dentro del esquema procesal de la Ley 906 de 2004, en curso a constatar la pertinencia de la figura, su conformidad con ella y, particularmente, si los fundamentos contemplados por la Corte Constitucional para admitir la constitucionalidad de la vinculación de personas ausentes se encuentran debidamente observados por los actores judiciales.

Desde que se configuró el enjuiciamiento acusatorio y adversarial en Colombia a través del Acto Legislativo N° 03 de 2002, se cuestionó la compatibilidad de esa forma de procesamiento penal con la vinculación de personas en ausencia. Si bien a pesar de ello se introdujo la figura y la Corte Constitucional la amparó al hallarla compatible con la Carta Constitucional, así como con las disposiciones y jurisprudencia internacionales, condicionó su aplicabilidad al cumplimiento de unas condiciones dirigidas a garantizar la observancia de los derechos y garantías fundamentales de los procesados en ausencia.

Lo cierto es que diariamente se procesan en Colombia personas ausentes y su representación es responsabilidad de la Defenso-



ría Pública de la Defensoría del Pueblo, de manera que es preciso operar un diagnóstico científico de las prácticas judiciales desarrolladas en los procesos tipo acusatorio y adversarial, para verificar si el precedente judicial de la Corte Constitucional es debidamente observado o, por el contrario, debe replantearse la figura dentro de la legislación nacional.

Como se ha observado, la defensa técnica de las personas procesadas en ausencia, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la Ley 906 de 2004, es competencia y responsabilidad de la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo. Por demás, a la Defensoría del Pueblo compete la verificación del cumplimiento de los derechos y garantías fundamentales de las personas, entre ellas, las que son objeto de procesamiento criminal, y dentro de estas, las que se consideran todavía más vulnerables, es decir, las personas ausentes. Adicionalmente, la posición de la Defensoría del Pueblo frente a la Comisión Redactora Constitucional rechazó que en Colombia, bajo el esquema acusatorio y adversarial, se procesaran personas en ausencia, posición que no fue atendida pese a las advertencias que se hicieron también al Congreso de la República. De manera que interesa particularmente a la entidad verificar si son verídicos en la práctica judicial colombiana los fundamentos deontológicos estimados para conservar la figura.



Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo

V

Exposición y glosa del problema de investigación

Exposición y glosa del problema de investigación

Tanto los códigos de procedimiento penal surgidos durante la vigencia de la Constitución de 1886, como aquellos aparecidos al amparo de la Carta de 1991, han facultado el procesamiento de personas que no han tenido conocimiento de la existencia del proceso que se adelanta en su contra, dentro de esquemas de enjuiciamiento donde ha predominado el proyecto napoleónico de 1803, esto es, procedimientos que contemplaron etapa de investigación y etapa de juicio, dispuesta una y otra por funcionarios diferentes, donde el instructor hacía las veces de juez facultado, entre otros, para practicar pruebas con base en las cuales desataría un juicio adelantado por un funcionario distinto.

Esta tendencia milenaria parece haber dado un giro significativo cuando a través del Acto Legislativo 02 de 2003, desarrollado por la Ley 906 de 2004, el investigador perdió las facultades jurisdiccionales como el poder de interdictar derechos fundamentales, limitándose al acopio de evidencia con base en la cual provocaría ante los jueces competentes la formalización de la investigación, la afectación de derechos fundamentales y, en fin, un juicio mediante la acusación que se compromete a defender en la contienda oral, pública y concentrada.

Los dos esquemas procesales son significativamente distintos. En el primero, es decir, el que operó plenamente hasta el año 2005, tanto el juez de instrucción como el de conocimiento se encuen-



tran profundamente involucrados en la configuración de la verdad procesal, pues él mismo practica pruebas, por manera que hace parte de la litis; mientras que en el proceso marcadamente acusatorio ello no es procedente.

En el primero, el procesado puede demandar del Estado que practique todas las pruebas que requiera, con la única salvedad de su legalidad, mientras que en el acusatorio el carácter adversarial le impone sustentar con evidencia sus pretensiones. En el primero, el defensor predomina sobre el procesado a quien representa, pues en el evento en que difieran prevalece la posición técnica, mientras que en el acusatorio ello no está llamado a suceder, tal y como acontece con el sistema de negociaciones y preacuerdos.

Por manera que la forma como se involucra el procesado en uno u otro esquema de enjuiciamiento penal es significativamente distinta. Ello por cuanto en el napoleónico o mixto, la actuación del procesado no resulta determinante para el giro normal del proceso, es decir, con él o sin él puede desatarse el ejercicio de la función punitiva en la etapa dispuesta por el procesamiento penal propiamente dicho. Mientras que en el enjuiciamiento acusatorio y adversarial resulta indispensable, sin que pueda concluirse que su presencia la supla necesariamente su representante judicial, al fin y al cabo, sin procesado, ¿quién adversa al fiscal? Precisamente, el carácter del proceso adversarial proviene de una confrontación de pretensiones entre el procesado y el fiscal. Cada uno de ellos estructura una propuesta de juicio entre las cuales el juez deberá extender la sentencia, es decir, convertir una de ellas en sentencia de mérito.

Se podría objetar sin embargo que el defensor puede operar tal condición. Sin embargo, la disponibilidad que asiste al procesado en materia de derecho y garantías no es susceptible de sucederse en cuanto a su titularidad del procesado al defensor. Es



decir, el defensor no podría, por ejemplo, allanarse a los cargos en representación del procesado a no ser que tuviese poder específico para ello. Si al indagar los orígenes epistémicos que en el siglo XX informan el esquema de procesamiento acusatorio adversarial se encuentran los vestigios de la teoría de los juegos económicos y, más generalmente, del constructo estructural y funcionalista que se gestó a principios del siglo XXI. Conforme a ello, es funcional del proceso que los actores concurren a él, y completamente artificial que uno de ellos sea sustituido cuando no ha hecho tal manifestación de voluntad.

Sin embargo, se reconoce que la intervención del procesado dentro del proceso es un derecho disponible, en tanto tal, válidamente desistible; por manera que puede decidirse a comparecer o no hacerlo, sin que ello por sí solo cuestione la legalidad del proceso adelantado en tales circunstancias. Lo que en cambio no sucede con la defensa técnica, derecho que aunque presente o no el procesado, igual se ejerce, así sea contra su voluntad.

Por consiguiente, surge evidente una tensión. Por un lado, el enjuiciamiento por acusatorio y, antes que ello, por adversarial, reclama la presencia del procesado. Por otro, comparecer o no al proceso sigue siendo un derecho del cual puede hacer ejercicio pleno, parcial o ninguno. Habiéndose desatado dicha tensión en nuestra legislación a favor del derecho a no hacerse presente, permitiendo los procesos en ausencia, nos preguntamos ¿qué conlleva un procesamiento en ausencia cuando el procesado ignora que está siendo sujeto de las consecuencias de un proceso penal?

Existen tres perspectivas desde las cuales debe analizarse su situación:

1. Desde el punto de vista del fiscal;
2. Desde el punto de vista del defensor; y
3. Desde el punto de vista del juez.



El fiscal parte de la base conforme con la cual el procesado es responsable y que su ausencia no altera al menos significativamente su posición de parte; es decir, que con o sin el procesado sigue siendo el abogado que en representación del Estado procura la realización de los valores y principios de la administración de justicia frente a una situación concreta, esto es, ante un caso.

Desde la perspectiva de la defensa la situación es significativamente distinta. Surgen a su vez varias probabilidades: de un lado, el defensor privado que se designó por el procesado que desiste de su derecho a presentarse al proceso. Evento en el cual la posibilidad del procurador judicial de enterarse de la situación real del procesado, su versión sobre los hechos, sus pretensiones, su voluntad respecto de las pretensiones del fiscal, etcétera, no controvierte, o no tiene por qué modificar de manera importante su estrategia defensiva. Otro tanto acontecería con el defensor público que logra entrar en contacto directo con el procesado.

Bien distinto resulta cuando el procesado ignora la existencia del proceso en su contra y el Estado le asigna un defensor de oficio que no tiene forma de entrar en contacto con aquel. En este evento la voluntad del procesado se encuentra completamente sustituida por la del defensor, quien seguramente hará lo que desde su perspectiva es más recomendable, empero a riesgo de entrar en conflicto con lo que realmente hubiese querido el procesado.

En cuanto al juez la situación pareciera sencilla, pero, sin embargo, en cuanto está grabado por los principios y valores constitucionales de la Administración de Justicia así como por los principios del Código de Procedimiento Penal, que le exigen particularmente, como por ejemplo la realización de la verdad y la justicia, no puede tratar de igual forma un proceso donde el procesado ignora que existe y, por consiguiente, en que no se sabe cuál es su posición frente a las pretensiones del fiscal, que otro



en que teniéndolo presente o contumaz, sabe perfectamente de qué se trata y lo ha expresado o ha preferido guardar silencio o, en fin, ha desistido del derecho a hacerlo.

En el primer evento, pesa sobre el juez la evaluación no sólo de la justeza de las pretensiones de la defensa, sino de la mejor opción para el procesado. Es decir, en los procesos en ausencia la guarda de la legalidad se desborda para entrar en la guarda de la bondad de la defensa.

Del problema de investigación planteado surgen dos inquietudes esenciales, constitutivas de las preguntas de investigación. En primer lugar, *¿las prácticas judiciales sobre procesamiento de personas ausentes observan las condiciones de validez especificadas en el precedente judicial colombiano, es decir, hay correspondencia con los fundamentos constitucionales que han permitido sostener la exequibilidad de esa figura en la legislación penal colombiana?*

En segundo orden, desde un nivel dogmático qué respuesta tendrían las siguientes preguntas acerca de las consecuencias derivadas del ejercicio del procesamiento de personas ausentes:

1. *¿Existen derechos especiales para las personas ausentes?*
2. *¿Hasta dónde puede llegar el defensor de un ausente?*
3. *¿Hasta dónde puede llegar el juez respecto de la actuación del defensor de un ausente?*
4. *¿Es probable la decisión en contra de personas ausentes en los mismos términos procesales de las personas presentes?*
5. *¿Es un derecho constitucional el no comparecer? Si es así, ¿lo es también el impedir ser capturado? ¿puede eximirse de responsabilidad quien ayuda a la evasión de una persona que ejerce un derecho constitucionalmente admisible? Entonces, ¿es constitucional la tipificación de comportamientos como el encubrimiento por favorecimiento personal?*



Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo

VI

Las personas ausentes. Condiciones y legalidad

Las personas ausentes. Condiciones y legalidad

Se hace preciso distinguir que el procesamiento de personas ausentes es una figura parecida, pero completamente paralela a la de la contumacia. En el primer evento se trata de enjuiciar personas que no concurren al proceso bajo dos supuestos: porque ignoran de la existencia de la actuación penal en su contra; o, porque no se sabe, al menos, por parte del Juez si ha tenido conocimiento o no de la existencia del proceso. Mientras que la contumacia o rebeldía consiste en procesar personas que tienen claro conocimiento que están siendo sujetos de un proceso criminal, pero determinaron aislarse sin asumir personalmente su defensa, pudiendo en todo caso hacerlo a través de un defensor de confianza. De alguna manera el procesamiento de personas ausentes puede conllevar la idea de la presunción de la rebeldía, tal y como ocurre en Colombia (Cfr. Sentencia C-488 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Se ha determinado que el procesamiento de personas ausentes se verificó desde prácticas judiciales precristianas, si bien con efectos y viabilidad limitadas, tales como la improbabilidad de condenar a muerte al ausente (Mommsen T., 1999, 105 y 213-220). La permisión de esta práctica, sin embargo, resultaba correspondiente con ese contexto ideográfico y la práctica misma que se hacía de las instituciones jurídicas, caracterizada por el contenido marcadamente político y circunstancial del derecho penal, tal y como lo han puesto de manifiesto investigaciones



como las de Michel Foucault;¹⁶ en prueba de ello es que el procesamiento contra rebeldes no podía practicarse en la capital del imperio romano, sino que procedía exclusivamente en los procesos sustanciados en provincia (Carnelutti F., 1971, 145-147).¹⁷

En cambio, no parece compatible generalizar esta práctica judicial por las dificultades e incompatibilidades que le opone el derecho penal moderno, esto es, el consolidado dogmáticamente con posterioridad a la Revolución Francesa, en tanto proclama principios como el de personalidad de la pena.

Así mismo, resulta particularmente controvertible la figura frente a la concepción moderna del proceso (Carnelutti F., 1959, 84).¹⁸ Ciertamente, el proceso penal es por sí mismo un cuerpo de garantías sistematizadas, mediante el cual se regula el poder soberano reconocido a los estados, consistente en limitar o eliminar derechos esenciales de las personas sujetas a su jurisdicción (Ramírez B. y De Ramírez R., 2003. Saavedra R., 1995). Ese ejercicio crítico del control que es el proceso penal, objetivado en poder investigar, enjuiciar y sancionar penalmente, constituye una de las potestades más complejas con que cuenta una organización políti-

¹⁶ Es preciso observar que no es la expresión más afortunada aquí la de “derecho penal”, pues no se encuentra una sistematización como la que puede hallarse a propósito del derecho de las obligaciones. Acaso resulte más pertinente referir “prácticas penales de castigo”, empero, por no ser el objeto de este proceso entrar en dicha discusión, seguiremos utilizando la designación ortodoxa.

¹⁷ Carnelutti refirió que la contumacia era un acto que era castigado suprimiendo la defensa del rebelde, empero advierte que su viabilidad en el derecho contemporáneo se da precisamente porque la *litispendencia* puede entablarse con el defensor. Carnelutti Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. II Derecho Procesal Penal. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1971. Páginas 145-147.

Es de anotar que Mommsen en la obra citada refirió que la rebeldía era constitutiva de delito por sí misma, independientemente de las consecuencias que se derivaban del proceso actual.

¹⁸ “Lo que la ley quiere es precisamente que el juez haga, toda entera, la historia del imputado. Lo que supone, ante todo, que el juez tenga el tiempo y la paciencia de hacérsela contar por él...” Carnelutti Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1959. Página 84.



ca, cuyas consecuencias apenas encuentran parangón con actos de violencia extrema, como por ejemplo la guerra.

En efecto, mediante el proceso penal una persona es ingresada al tratamiento que opera a través de un método de cuestionamiento que puede concluir en la pérdida total o parcial de derechos inevitablemente reconocidos como la libertad, los contenidos económicos y morales de su patrimonio, su salud física y mental, pudiendo llegar a perderlos definitivamente, así ocurre en eventos tales como la condena capital y la confiscación. Sin mencionar los efectos que se producen de manera indirecta sobre el círculo social inmediato al que pertenece, particularmente su familia.

Frente a la gravedad de la acción punitiva, el desarrollo histórico de la protección a los derechos en juego de las personas procesadas, casi todos fundamentales, informa que el derecho internacional se ha encargado de limitar seriamente dicho poder a través de un programa de derechos y garantías, cuya observancia califica la legalidad de los procesamientos, de suerte que su desconocimiento puede llegar a facultar a los tribunales nacionales a desconocer las decisiones producidas por los tribunales extranjeros. Podría concluirse que la primera condición para que una sentencia extranjera sea admisible, de frente al derecho internacional, es haberse producido dentro de un proceso en que, cuando menos, se hubiesen observado las prerrogativas que las naciones han acordado que deben aplicarse en desarrollo de los procesos penales (Moya, 2002, 2003).

El derecho internacional reconoció como una de esas varias prerrogativas que el procesado sea recepcionado en el proceso con la potestad de actuar defendiéndose o sujetándose a las pretensiones de su acusador¹⁹. Existe, sin embargo, la posibilidad de

¹⁹ Artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



modular, por así decirlo, dichas garantías y derechos esenciales, por parte de los estados nacionales. Así, por ejemplo, es probable que el juez natural exigido por el derecho internacional sea un juez unipersonal, o que cualquier Estado nacional con el ánimo de optimizar la imparcialidad del juzgador incorpore jueces colegiados e, incluso, jueces de conciencia. Que el derecho internacional reclame la presencia de un defensor, puede desarrollarse en la legislación interna de un Estado mediante figuras como el defensor de oficio. Lo que si no podría hacerse es suprimir la institución misma de la defensa. Como se sabe, las normas internacionales que proveen garantías pueden ser ampliadas, pero no restringidas en las legislaciones nacionales (Moya, 2002).

Esto no ha sido inconveniente para que internacionalmente se reconozca que si bien el principio general es que los procesos deben ventilarse en presencia del procesado, es atendible como excepción que se procese en su ausencia a condición de que el Estado haya agotado las posibilidades de ubicar e informar a la persona contra quien actúa acerca de la existencia del proceso (Defensoría del Pueblo, 2002, 288-294).²⁰ Incluso las posiciones más radicales previeron que pueda admitirse, empero han condicionado que dicha excepción estuviese contraída a los casos en que el procesado habiendo sido informado del proceso, se haya resistido a asumirlo, o cuando debiera ser retirado por perturbar el desarrollo del mismo²¹. Más aún, el estatuto de procedimiento criminal más discutido durante el ejercicio de su producción, es decir, el de Roma de la Corte Penal Internacional admite el pro-

²⁰ Al respecto, Diagnóstico sobre el programa penal ordinario de la Defensoría Pública. Lineamientos para su reorientación. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo. 2002. Páginas 288-294.

²¹ Amnistía Internacional. Juicios justos. Manual. 2000. En Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ob. cit. supra.



cesamiento en ausencia, con las limitaciones contempladas en el mismo, que acoge la contumacia, pero no la persona ausente.²²

Códigos como el de procedimiento penal alemán previeron que el procesamiento en ausencia tendría lugar cuando la persona habiendo sido citada se niegue a comparecer, y con respecto a la persona propiamente ausente, es decir, aquella que nunca supo de la existencia del proceso, apenas es procedente la realización de diligencias previas al juicio (Roxin C., 2000, 520-521).

El procedimiento penal argentino si bien faculta eventos circunstanciales de contumacia, tiene prohibido el juicio en ausencia, incluso en eventos en que la persona procesada perturbe su desarrollo, puede estar en una sala adjunta, pero siempre disponible para hacerse presente a la sala de audiencias (Maier J., 2003, 126-127).

Estatutos más recientes, entre los cuales cabe mencionar el chileno del año 2000 como referente importante para la producción de la Ley 906 de 2004, contemplaron la figura del imputado rebelde, condición que se adquiere bajos dos supuestos descritos en el artículo 99. Uno, cuando no hubiese sido posible la detención preventiva y, en segundo lugar, cuando habiéndose formalizado la investigación contra persona residente en el exterior no se hubiese concedido su extradición. De cualquier forma no es viable la audiencia de juicio oral sin presencia del procesado.

De donde puede concluirse que la tendencia es a admitir los juicios en rebeldía, esto es, en contumacia, pero no los procesos con personas ausentes.

En el caso colombiano, se encuentra que el anteproyecto que sirvió de base para la producción de la actual Ley 906 de 2004, condicionaba la validez de la audiencia de acusación a la pre-

²² El artículo 63 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional señala, "El juicio oral no se celebrará contra un acusado ausente involuntariamente. Si se trata de un delito grave, la presencia del mismo será imprescindible".



sencia del fiscal, el defensor y el juez, no así la del procesado (artículo 300) (Granados y otros 2003). Por otra parte, resultaba probable la audiencia pública sin presencia del acusado, ya que el artículo 340 señalaba que instalado el juicio oral se concedería la palabra al acusado si estaba presente.

La Comisión Redactora Constitucional deliberó en torno a este tema en dos oportunidades. La primera se verificó durante la sesión del 6 de junio de 2003, correspondiente al Acta 20, en que hubo oportunidad de advertirse por parte de un redactor que si bien era admisible la viabilidad de la contumacia para efectos de la formalización de la investigación, no sería igual en el evento de contumacia para el juicio, frente a la cual se consideraba que debía rechazarse (Osorio-Morales, 2005, 477-478).

La segunda ocasión correspondió a la sesión celebrada el 7 de julio de 2003, según señala el Acta 27, la conclusión alcanzada por los comisionados fue que para poder realizarse un juicio sin presencia del acusado debía haberse dado la situación de la contumacia, entendiendo que el acusado debía saber de la existencia del proceso pese a lo cual dispuso no presentarse, de ahí que se haya aprobado la siguiente disposición:

Artículo 387. En todo caso solo (sic) podrá procederse a la apertura del juicio oral cuando el acusado habiendo debido conocer la existencia del proceso penal, sin justa causa actúe en rebeldía siendo declarado por el juez o tribunal en contumacia. (Osorio-Morales, 2005, 673-675).

Es decir, el texto que aprobó la Comisión Redactora Constitucional, siguiendo la tendencia internacional, conservó los procesos en contumacia, pero desechó los procesos con persona ausente. No obstante, el texto que fue puesto a disposición del Congreso de la República había añadido a la figura de la contumacia, la de la persona ausente, seguramente y a juzgar por el método practicado, ello fue obra de las mesas de trabajo, las cuales no sólo habrían introducido la figura sin el aval de la Comisión, sino que,



contrariando el consenso alcanzado, suprimieron la norma aprobada, mucho más consecuente con el derecho internacional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales.²³

Lo cierto es que con posterioridad el tema del procesamiento en ausencia se consideró apenas en dos ocasiones, la primera cuando ante la Cámara de Representantes se advirtió sobre las deficiencias en términos de derechos fundamentales del procesado que conllevaría el procesamiento en ausencia.²⁴ En la segunda, ante el Senado, se dejó una constancia acerca de la impropiedad de incluir la figura de la persona ausente dentro del esquema de procesamiento acusatorio y adversarial, procurando volver sobre el texto aprobado originalmente por la Comisión Redactora

²³ Lamentablemente la Exposición de Motivos consignada en la *Gaceta del Congreso* 339 del 23 de julio de 2003, no hizo mención alguna a la figura de la persona ausente, ni siquiera al procesamiento en contumacia, pese a constituir una novedad frente al Decreto 2700 de 1991 y a la Ley 600 de 2000. Lo que facultó que fuera la Corte Constitucional quien fijara los límites extensionales de la Institución.

²⁴ Conforme al Acta 20 del 19 de noviembre de 2003, Comisión Primera Cámara, *Gaceta* No. 44 de 2004, en exposición del Dr. Juan Carlos Arias Duque: “El Fiscal señalaba ayer que ningún proceso en el país estaba sin defensa, eso no puede ser cierto, un defensor de oficio de un ausente no tiene posibilidad de defender; la propuesta entonces es que se piense o se considere la posibilidad de terminar con la vinculación y procesamiento de ausente o por lo menos desde el momento desde la situación que se evidencie la contumacia realmente; por lo menos procesar a la persona de quien se pueda decir, o de quien se suponga que conoce formalmente la acusación, continuar con esta feria de procesos contra personas ausentes, realmente no le favorece a la justicia colombiana, no le favorece a los fines ni a los presupuestos de la pena, solamente sirve o solamente colabora para aumentar la congestión de la administración de justicia.

Y de otra parte condenar ausentes, procesar y condenar ausentes, se puede identificar como violatorio de varias normas de derecho internacional de derechos humanos en el entendido de que se espera que todos tengamos el derecho de ser oídos en juicio, oídos públicamente, lo que implica necesariamente la obligación de presencia, como una de las características precisamente del sistema acusatorio. Otro de los puntos que preocupa o que se solicita que se considere con mayor detenimiento es facilitar los mecanismos de terminación del proceso que implique este tipo de situaciones como la conciliación, la reparación integral y el disenso, esto porque en relación con la reparación integral, es una figura que ha venido funcionando, queremos que bien en nuestro sistema actual en el proyecto de código solamente se asume como aquella que puede o que debe responder el condenado, lo que quiere decir que las reparaciones integrales que hoy terminan, los procesos que hoy terminan por este mecanismo anticipado de terminación como es la



Constitucional²⁵. No obstante, no fue un tema abocado de manera seria, en la medida que pese a las invitaciones que hubo para abordarse con sentido crítico, las disposiciones que permitieron el procesamiento en ausencia se aprobaron sin debate.

Por otra parte, el precedente judicial conformado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional informa que el derecho a asistir al proceso es renunciable, es decir, se admite su disponibilidad, de donde pueden surgir interesantes consecuencias tales como el que hacerse o no presente a un proceso constituye un derecho del cual puede disponer el procesado y que, por consiguiente, el evadir a las autoridades no podría ser punible en sí mismo, lo cual cuestiona la tipicidad constitucional de figuras como el encubrimiento por favorecimiento personal, en determinadas circunstancias, como, por ejemplo, cuando se prodiga mediante un asesor jurídico o ciertos familiares²⁶.

Pero obsérvese que ese derecho en los términos del alto tribunal, se origina desde el instante mismo en que la persona es

reparación integral, no va a poder, de acuerdo con el proyecto, tener vigencia en el Código que se analiza actualmente, porque solamente se habla del incidente de reparaciones, se plantea solamente en relación con los condenados, entonces solicitamos que se considere la posibilidad de seguir pensando en la reparación integral como un mecanismo anticipado entre otras cosas, porque es una de las formas de devolverle el proceso a las partes que es justamente quienes lo deberían tener y de donde nunca debió salir, mucho más en delitos que por ejemplo involucran derechos muy particulares y muy personales, como por ejemplo el patrimonio económico.”

²⁵ Acta Plenaria del Congreso 50 del 09 de junio de 2004. Senador Luis Carlos Avellana-Tarazona

De la Persona Ausente:

Me refiero en este punto de la defensa a la figura de la persona ausente, pues no resulta de la naturaleza del procedimiento acusatorio oral como el que aquí se pretende implementar, realizar una audiencia con una persona que no está presente y que por obvias razones no puede aportar en su favor o refutar o controvertir las pruebas de cargo.

Aquí sería más aconsejable no crear esta figura y en su lugar se pusiera en práctica la no prescripción de los delitos cuando se trata de personas ausentes, mientras que el Estado despliega todo su poder en búsqueda del sujeto, pues no es posible aceptar de entrada la derrota del aparato judicial.

²⁶ Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero en el salvamento de voto a la sentencia C- 040 de 1997.



sujeto de una acción judicial por parte del Estado, así que se compromete el conocimiento cierto de estar siendo investigado, puesto que de otro modo no sería probable actuar una verdadera determinación de presentarse o no al proceso, asumiendo las consecuencias de tal decisión.

Desde luego, arribar a tal conclusión reclama que se conciba el proceso penal como un sistema de derechos y garantías, cuya observancia califica la validez tanto formal como material del procedimiento y que, en tanto garantía, de cada uno de sus derechos procesales el procesado pueda disponer. Por ejemplo, se encuentra entre ellos el juicio reglado, sin embargo, el procesado puede renunciar a él admitiendo su responsabilidad, si bien no participa de la misma entidad la renuncia del Estado a través de figuras como el principio de oportunidad, puesto que una garantía es tal cuando es preciso resguardarse de una cierta forma de ejercicio del poder, pero no lo contrario, es decir, no existen garantías contra el no ejercicio del poder, salvo claro está que dicha abstención comprometa algún derecho. Luego si es el titular de dicho poder quien se abstiene de ejercerlo, no tiene en consecuencia necesariamente que contar con la anuencia del procesado, así como el demandante civil que desiste de sus pretensiones no tiene por qué condicionar su determinación a que el demandado acepte los efectos de su decisión.

Entendida de esta forma la figura de la contumacia puede no ser problemática frente a la legislación internacional como en cambio sí lo es el procesamiento de personas ausentes, es decir, de personas de quienes se ignora si se han enterado del ejercicio de la acción penal. Acaso ello explique por qué no fue un tema profundamente debatido en el seno de la Comisión Redactora Constitucional, precisamente porque habían eliminado la figura de la persona ausente y aprobado la de la contumacia, que reclama acreditar que el procesado no se presenta por su voluntaria rebeldía, es decir, porque sabiendo efectivamente de la existencia del proceso se niega a comparecer.



La Corte Constitucional ha sido cautelosa de los procesos contra personas ausentes, al condicionar su procedencia al agotamiento de las actividades probables por parte del Estado, en curso a ubicar e informar a la persona procesada acerca del inicio de la acción penal, de manera que si se acredita la diligencia del Estado al respecto, el procedimiento no es por tal hecho cuestionable. De cualquier forma no lo condicionó a que se demostrara que el procesado efectivamente haya tenido conocimiento de la existencia del proceso²⁷.

En efecto, mediante sentencia C-488 de 1996, con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, la Corte consideró que cuando la persona se oculta está renunciando al ejercicio personal de su defensa y delegándola en forma plena en el defensor, pudiendo sin embargo hacerse presente en el proceso en cualquier momento posterior, e intervenir personalmente en todas las actuaciones a que haya lugar de acuerdo con la etapa procesal respectiva.

En cuanto a los ausentes propiamente dichos concluyó que si la no comparecencia atendía a negligencia de las autoridades, el procesado disponía del instituto de las nulidades, incluso, de la acción de amparo si había habido condena.

En sentencia C-627 de 1996, con ponencia del Dr. Antonio Barrera Carbonell, consideró la corporación que en tanto la persona ausente dispusiera de defensor técnico no era irregular el procedimiento.

En la sentencia C-657, con ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz, se planteó que cuando el Estado hubiese agotado los medios apropiados para lograr la comparecencia del procesado, resultaba incuestionable la regularidad del proceso, argumento planteado a partir del principio de proporcionalidad en que se contrastó el derecho de asistencia al proceso y la eficiencia de la Administración de Justicia.

²⁷ Véanse por ejemplo las sentencias C-627 y C-657 de 1996 y C-040 de 1997.



Fue en la sentencia C-100 de 2003, con ponencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, en que se destacó el carácter residual de la condición de ausente en el procesado, posición reiterada a través de fallos como el correspondiente a la sentencia C-330 de 2003, con ponencia del Dr. Álvaro Tafur Galvis, y la C-248 de 2004, con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil, siguiendo de cerca la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia²⁸.

La Corte Constitucional, por su parte, se valió de situaciones tratadas por los tribunales internacionales para fortalecer su posición, se citaron a efecto.²⁹

El criterio de la eficiencia fue invocado igualmente en la Sentencia C-591 de 2005, con ponencia de la Dra. Clara Inés Vargas Hernández, referida específicamente a aclamar la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley 906 de 2004 que permitieron el procesamiento de personas ausentes. En esta sentencia quiso

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación. Radicación 11.220 de 1999.

²⁹ Específicamente refirieron la Comunicación núm. 16/1977, en el asunto de Daniel Moguya vs. República Democrática del Congo, reproduciendo el siguiente aparte, “los procesos en ausencia son, en diversas circunstancias (por ejemplo, cuando la persona acusada, a pesar de haber sido suficientemente informada sobre la existencia de un proceso en su contra, declina el ejercicio de su derecho a hallarse presente) permitidos en interés de la propia administración de justicia”. La Comunicación núm. 624/1995 contra Georgia, el Comité interpretó el artículo 14 del PIDCP, de la cual destacaron “El Comité afirma que en un juicio en que pueda imponerse la pena de muerte, como era la situación en que se encontraba cada uno de los autores, el derecho a la defensa es inalienable y debe observarse en todos los casos y sin excepción. Ello implica el derecho a estar presente en el juicio, a ser defendido por un abogado de su propia elección y no ser obligado a aceptar que se le designe un abogado de oficio. / Véanse, entre otros, los dictámenes del Comité respecto de las comunicaciones Nos. 52/1979, Sadiás de López c. Uruguay (dictamen aprobado el 29 de julio de 1981) y 74/1980, Estrella c. Uruguay (dictamen aprobado el 29 de marzo de 1983). Véase también 232/1987, Pinto c. Trinidad y Tobago, dictamen aprobado el 20 de julio de 1990./ En este caso, el Estado Parte no ha demostrado que tomó todas las medidas razonables para que los autores estuviesen presentes en todo momento en el juicio, pese a su presunta conducta perturbadora.

(Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/18/D/16/1977, 25 de marzo de 1977, Comunicación núm. 16/1977, en el asunto de Daniel Moguya vs. República Democrática del Congo. Comunicación No. 624/1995. Georgia. 29/05/98. CCPR/C/62/D/624/1995).



evidenciarse la compatibilidad de la figura de la persona ausente con el enjuiciamiento acusatorio y adversarial, citando situaciones procesadas en tribunales extranjeros³⁰.

En esta última determinación se alcanzaron las siguientes conclusiones:

“Del examen de constitucionalidad de las normas acusadas, la Corte extrae las siguientes conclusiones:

- 1. Es la **regla general**, que no se pueden adelantar investigaciones o juicios en ausencia; tanto menos en el marco de un sistema procesal penal de tendencia acusatoria caracterizado por la realización de un juicio oral, público, con inmediatez de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.*
- 2. Solo (sic) de manera **excepcional**, y con el único propósito de dar continuidad y eficacia a la administración de justicia en tanto que servicio público esencial, la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, pueden admitirse las figuras de la declaratoria de persona ausente y la contumacia, casos en los cuales la audiencia respectiva se realizará con el defensor que haya designado para su representación, o con el defensor que le designe el juez, de la lista suministrada por el sistema nacional de Defensoría Pública, según el caso. Adicionalmente, la persona puede renunciar a su derecho a hallarse presente durante la audiencia de formulación de la acusación. Con todo, siendo mecanismos de carácter excepcional, su ejecución debe estar rodeada de un conjunto de garantías y controles judiciales.*

³⁰ “Cabe asimismo señalar que en el derecho comparado tampoco el derecho a estar presente en el juicio oral se ha entendido en términos absolutos. Así, en el sistema acusatorio americano, en el caso *Illinois vs. Allen*, la Corte Suprema Federal resolvió que el derecho de un acusado a estar presente en el juicio no es impedimento para que, bajo determinadas circunstancias, el tribunal ordene que se retire al acusado de la sala y continúe el juicio en su ausencia. De igual manera, en el caso de *Maryland vs. Bussman*, se reconoció el derecho del acusado a renunciar libremente a su derecho a encontrarse presente durante el juicio oral.” (Corte Suprema de Justicia, 397 U.S. 337 (1970), asunto *Illinois vs. Allen*).



3. La **declaratoria de persona ausente** por parte del juez de control de garantías sólo procederá cuando verifique de manera real y material, y no meramente formal, que al fiscal le ha sido imposible localizar a quien requiera para formularle la imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, y se le hayan adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren la insistencia en ubicarlo mediante el agotamiento de mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado. Una vez verificados tales requisitos, la persona será emplazada mediante un edicto que se fijará por el término de cinco días en un lugar visible de la secretaría del juzgado y se publicará en un medio radial y de prensa de cobertura local. De igual manera, se le nombrará un defensor designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública.
4. En tal sentido, la Corte considera que la declaratoria de persona ausente debe estar rodeada de las debidas garantías procesales y ser objeto de un estricto control judicial y, que por lo tanto no se agota con la actividad que despliega de manara (sic) obligatoria la fiscalía para demostrarle al juez de control de garantías el agotamiento de las diligencias suficientes y razonables para la declaratoria de ausencia, sino que igualmente estas deben continuar por parte de la Fiscalía con posterioridad a esta declaración, a fin de que el juez de conocimiento, al momento de la citación para la celebración de la audiencia de formulación de acusación, realice una labor de ponderación en relación con el cumplimiento de la carga de ubicación del procesado, y constate que el Estado ha continuado con su labor de dar con el paradero del acusado, a fin de autorizar de manera excepcional el juicio en ausencia, o declare la nulidad de lo actuado por violación del derecho fundamental al debido proceso, bien de oficio o a solicitud del acusado de conformidad con lo previsto en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, o del defensor respectivo. Cabe recordar que la



actividad del Sistema Nacional de Defensoría Pública debe encaminarse a que en materia de juicios en ausencia el Estado cumpla efectivamente con su deber de demostrar que adelantó todas las gestiones necesarias y pertinentes para localizar al investigado o enjuiciado, así como que el rol que juega el Ministerio Público en estos casos se acentúa para el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de las garantías constitucionales en el proceso.”

Con base en las anteriores conclusiones, la Corte declaró exequible el artículo 127 de la Ley 906 de 2004 y la expresión “*Si el indiciado, habiendo sido citado en los términos ordenados por este código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, esta se realizará con el defensor que haya designado para su representación*”, del artículo 291 de la Ley 906 de 2004.

Es de anotar que la última decisión de la Corte Constitucional no consultó las orientaciones fijadas por la Comisión Redactora Constitucional, como tampoco verificó los escasos estudios existentes en Colombia sobre el procesamiento de personas ausentes, de los cuales podía considerarse que las prácticas judiciales del país no permitían concluir que los lineamientos expuestos por la Corte se practicaran de hecho³¹.

³¹ Escasamente podemos referir tres trabajos en ese sentido. Por una parte, “debido proceso frente al sujeto vinculado a la actuación penal mediante declaratoria de persona ausente a partir del Decreto 2700/91 C.C.P. Vigente en los juzgados penales de Valledupar, Cesar. 1996-19972. Universidad de Medellín. Especialización en Derecho Penal y Criminología. 1998. Desarrollado por Norkis María Cuello Oñate, Jaime Alberto Mendoza Rincón y Ólmer Camelo.

Por otra parte, Diagnóstico sobre el programa penal ordinario de la Defensoría Pública. Lineamientos para su reorientación. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo. 2002. Trabajo que indirectamente abordó el tema en cuestión.

Así mismo, “Investigación defensa de oficio”. Defensoría del Pueblo. 2004. Trabajo que también en forma accidental tocó el tema.



Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo

VII

Legislación internacional y extranjera: un ejercicio obligado de legislación comparada

Legislación internacional y extranjera: un ejercicio obligado de legislación comparada

Consideradas las tendencias de planetización de las instituciones jurídicas, así como de la elevación del paradigma internacional como obturador de la iniciativa soberana que asiste a cada Estado en su poder configurador de la función punitiva y, en consecuencia, referente de legitimidad a nivel internacional de los procesos de transformación social operados en el espacio judicial penal, es preciso atender el estado de la legislación colombiana en relación con dicho referente.

Tal verificación tiene por punto de inicio el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y dos bloques de esquemas procesales, por un lado, el europeo y, por otro, el latinoamericano.

Estatuto de Roma

El proceso constante de universalización de las instituciones sin duda ha venido cobrando arraigo cada vez con mayor y más segura profundidad en materia de procesamiento penal. Acaso la expresión más nítida se encuentre en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual por ser el modelo de enjuiciamiento criminal más concertado ex fronteras nacionales, ha adquirido el estatus de referente inevitable, cuando no de modelo en sí, de los movimientos de actualización de los esquemas de procesamiento penal en el mundo. En consecuencia, conviene establecer sus lineamientos en materia de personas ausentes.



Se advierte que pese a haber sido el Estatuto de Roma una fuente permanente para la Comisión Redactora Constitucional respecto al tratamiento de personas ausentes, tomó una distancia y posición considerables, pues formuló una postura completamente opuesta a lo indicado en el Estatuto de Roma, lo que no deja de inquietar en cuanto a sus fundamentos jurídicos, y evidencia una posición político-penal ordenada a superponer el *imago* que a nivel internacional quiera el Estado mantener, aún a costa de la dignidad de las personas sujetas a procesamiento penal.

Pues bien, lo primero que se advierte es que el Estatuto de Roma proscribió el enjuiciamiento penal de personas ausentes. Como se sabe, el artículo 63 contempla como principio que el acusado estará presente durante el juicio, con la única salvedad que deba ser retirado del recinto de la audiencia cuando se dé a perturbar continuamente el juicio. Sin embargo, y con todo, tal medida en tanto excepcional no puede extenderse más allá del tiempo estrictamente necesario, permitiendo en todo caso la intercomunicación con el abogado defensor³².

Tal disposición se aviene de manera adecuada con los principios acusatorio y adversarial que, como lo evidenciamos, plantean como condición lógica de desarrollo del juego judicial, la presencia de la parte integrada por la defensa.

Se aprecia que, siguiendo las tendencias tradicionales de los procesamientos garantistas y paritarios, como diría Damaska, permite que los actos de formalización del proceso puedan hacerse sin la comparecencia del imputado.

³² Artículo 63. Presencia del acusado en el juicio

1. El acusado estará presente durante el juicio.

2. Si el acusado, estando presente en la Corte, perturbare continuamente el juicio, la Sala de Primera Instancia podrá disponer que salga de ella y observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación. Esas medidas se adoptarán únicamente en circunstancias excepcionales, después de que se haya demostrado que no hay otras posibilidades razonables y adecuadas, y únicamente durante el tiempo que sea estrictamente necesario.



Ciertamente, al acudir al sistema de reglas de procedimiento y prueba y los elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional, aprobados por la Asamblea de los Estados Parte de la Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002, se encuentra en el Capítulo V, Sección V que las reglas 121 a 126 facultan el ejercicio de la audiencia de confirmación de cargos sin presencia del imputado.

En primer lugar, surge claro de la Regla 121 que se toma por circunstancia normal la presencia del imputado y, por consiguiente, como excepcional su ausencia. Tanto así que la siguiente Regla, previó el procedimiento que debe realizarse cuando se cuenta con su comparecencia y enseguida la Regla 123 contempla las medidas tendientes a garantizar dicha comparecencia, la cual debe procurarse siempre en términos adecuados (...) 3. La Sala de Cuestiones Preliminares se cerciorará de que se haya dictado orden de detención contra el imputado y si la orden no se hubiera ejecutado una vez transcurrido un plazo razonable desde que se dictara *hará que se adopten todas las medidas razonables para localizar y detener al imputado.* (...)

Habiéndose logrado la detención, el procesado puede sin embargo renunciar a estar presente en la audiencia de formalización o de confirmación de los cargos, previa manifestación escrita en tal sentido; sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares actuará siempre sobre la base de su certeza acerca de que el procesado ha comprendido que está asistido del derecho a estar presente en la audiencia y cuáles son las consecuencias de renunciar a ese derecho; incluso, puede autorizarlo a observar la audiencia desde fuera de la Sala mediante el uso de las tecnologías propias de la comunicación. Y, aun así, podrá presentar sus observaciones por escrito.

Este es el caso típico de la contumacia, es decir, de la rebeldía o renuencia del procesado a concurrir a la actuación o escenario judicial que le convoca.



A su turno, en la Regla siguiente se contempla la situación de la ausencia propiamente dicha, al señalar que la Sala de Cuestiones Preliminares podrá efectuar la audiencia de confirmación de los cargos en ausencia del imputado, pudiendo no obstante disponer no celebrarla hasta tanto se logre su comparecencia. En el primer caso, hay lugar a la aplicación de la Regla 126³³.

Siendo este el contexto jurídico-legal más importante en el escenario internacional, ahora se hará la correspondiente revisión

³³ Capítulo V Sección V

Procedimiento de confirmación de los cargos de conformidad con el artículo 61
Regla 121

Procedimiento previo a la audiencia de confirmación

1. Quien haya sido objeto de una orden de detención o de comparecencia en virtud del artículo 58 deberá comparecer ante la Sala de Cuestiones Preliminares, en presencia del Fiscal, inmediatamente después de su llegada a la Corte. Con sujeción a lo dispuesto en los artículos 60 y 61, gozará de los derechos enunciados en el artículo 67. La Sala de Cuestiones Preliminares fijará en la primera comparecencia la fecha de la audiencia de confirmación de los cargos y dispondrá que se dé la publicidad adecuada a esa fecha, al igual que a los aplazamientos previstos en la subregla 7.

2. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 61, la Sala de Cuestiones Preliminares adoptará las decisiones necesarias para que el Fiscal ponga las pruebas y la información que obre en su poder en conocimiento de quien haya sido objeto de una orden de detención o de comparecencia. Durante la divulgación de pruebas e información:

a) El imputado podrá contar con la asistencia o la representación del abogado que haya elegido o le haya sido asignado;

b) La Sala de Cuestiones Preliminares celebrará consultas con el imputado y el Fiscal para cerciorarse de que esa diligencia tenga lugar en condiciones satisfactorias. En cada caso se designará a un magistrado de la Sala de Cuestiones Preliminares encargado de organizar esas consultas ya sea de oficio o por solicitud del Fiscal o del imputado;

c) Todas las pruebas que el Fiscal haya puesto en conocimiento del imputado a los efectos de la audiencia de confirmación serán comunicadas a la Sala de Cuestiones Preliminares.

3. El Fiscal proporcionará a la Sala de Cuestiones Preliminares y al imputado, con una antelación mínima de 30 días a la fecha de la audiencia de confirmación de los cargos, una descripción detallada de estos, junto con una lista de las pruebas que tenga la intención de presentar en la audiencia.

4. El Fiscal, cuando tenga la intención de modificar los cargos de conformidad con el párrafo 4 del artículo 61, comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares y al



a título de legislación comparada, en curso a establecer las tendencias de las legislaciones nacionales extranjeras en la materia.

imputado, con una antelación mínima de 15 días a la fecha de la audiencia, los cargos modificados y una lista de las pruebas que se propone presentar en la audiencia para corroborarlos.

5. El Fiscal, cuando tenga la intención de presentar nuevas pruebas en la audiencia, proporcionará a la Sala de Cuestiones Preliminares y al imputado una lista de dichas pruebas con una antelación mínima de 15 días a la fecha de la audiencia.

6. El imputado, si tuviera la intención de presentar pruebas de conformidad con el párrafo 6 del artículo 61, entregará una lista de ellas a la Sala de Cuestiones Preliminares con una antelación mínima de 15 días a la fecha de la audiencia. La Sala transmitirá sin demora la lista al Fiscal. El imputado deberá proporcionar una lista de las pruebas que tenga la intención de presentar en caso de modificación de los cargos o de que el Fiscal presente una nueva lista de pruebas.

7. El Fiscal o el imputado podrán pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que aplase la fecha de la audiencia de confirmación de los cargos. Asimismo, la Sala podrá de oficio aplazar la audiencia.

8. La Sala de Cuestiones Preliminares no tendrá en cuenta los cargos y las pruebas presentados una vez expirado el plazo o una prórroga de este.

9. El Fiscal y el imputado podrán presentar a la Sala de Cuestiones Preliminares, con una antelación mínima de tres días a la fecha de la audiencia, escritos sobre elementos de hecho y de derecho, incluidas las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal a que hace referencia el párrafo 1 del artículo 31. Se transmitirá de inmediato copia de esos escritos al Fiscal o al imputado, según corresponda.

10. El Secretario constituirá y mantendrá un expediente de las actuaciones ante la Sala de Cuestiones Preliminares, que incluirá todos los documentos transmitidos a la Sala de conformidad con la presente regla. Con sujeción a las restricciones relativas a la confidencialidad y a la protección de información que afecte a la seguridad nacional, podrán consultar el expediente el Fiscal, el imputado y las víctimas o sus representantes legales que participen en las actuaciones de conformidad con las reglas 89 a 91.

Regla 122

Procedimiento de la audiencia de confirmación en presencia del imputado

1. El magistrado que presida la Sala de Cuestiones Preliminares pedirá al funcionario de la Secretaría asignado a la Sala que dé lectura a los cargos presentados por el Fiscal y, a continuación, determinará el procedimiento para la audiencia y, en particular, el orden y las condiciones en que se han de exponer las pruebas que figuran en el expediente.

2. En caso de que se presente una impugnación o una cuestión respecto de la competencia o la admisibilidad, será aplicable la regla 58.

3. Antes de considerar el fondo del asunto, el magistrado que presida la Sala de Cuestiones Preliminares preguntará al Fiscal y al imputado si tienen la intención de formular objeciones u observaciones que tengan que ver con la regularidad de las actuaciones antes de la audiencia de confirmación de los cargos.

4. Posteriormente, ni en las diligencias de confirmación ni en el juicio se podrán hacer o repetir las objeciones u observaciones a que se refiere la subregla 3.



La tendencia europea

En primer lugar encontramos que el sistema procesal penal de Alemania faculta la práctica de actuaciones previas al juicio en

5. Si se presentan las objeciones u observaciones a que hace referencia la subregla 3, el magistrado que presida la Sala de Cuestiones Preliminares invitará a las personas mencionadas en esa disposición a presentar sus argumentos en el orden que él mismo fije. El imputado tendrá derecho de réplica.

6. Si las objeciones formuladas o las observaciones hechas son aquellas a que hace referencia la subregla 3, la Sala de Cuestiones Preliminares decidirá si ha de acumular las cuestiones al examen de los cargos y las pruebas o separarlas, en cuyo caso aplazará la audiencia de confirmación de los cargos y dictará una providencia acerca de las cuestiones planteadas.

7. Durante la audiencia del fondo del asunto, el Fiscal y el imputado harán sus alegatos de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 5 y 6 del artículo 61.

8. La Sala de Cuestiones Preliminares permitirá hacer observaciones finales al Fiscal y al imputado, en ese orden.

9. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 61, en la audiencia de confirmación de los cargos será aplicable, *mutatis mutandis*, el artículo 69.

Regla 123

Medidas para asegurar la presencia del imputado en la audiencia de confirmación de los cargos

1. Cuando la Sala de Cuestiones Preliminares haya dictado respecto de un imputado una orden de detención o de comparecencia con arreglo al párrafo 7 del artículo 58 y este sea detenido o le sea notificada la orden de comparecencia, la Sala dispondrá que sea notificado de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 61.

2. La Sala de Cuestiones Preliminares podrá celebrar consultas con el Fiscal, a petición de este o de oficio, con el fin de determinar si hay razones para celebrar una audiencia de confirmación de los cargos con arreglo a las condiciones indicadas en el párrafo 2 b) del artículo 61. Si el imputado estuviere asistido por un abogado conocido por la Corte, las consultas se celebrarán en presencia de este, a menos que la Sala decida otra cosa.

3. La Sala de Cuestiones Preliminares se cerciorará de que se haya dictado orden de detención contra el imputado y, si la orden no se hubiera ejecutado una vez transcurrido un plazo razonable desde que se dictara, hará que se adopten todas las medidas razonables para localizar y detener al imputado.

Regla 124

Renuncia al derecho a estar presente en la audiencia de confirmación de los cargos

1. El imputado, si estuviera a disposición de la Corte pero quisiera renunciar a su derecho a estar presente en la audiencia de confirmación de los cargos, lo solicitará por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares que podrá consultar al Fiscal y al propio imputado asistido o representado por su abogado.

2. Se celebrará una audiencia de confirmación de los cargos con arreglo al párrafo 2 a) del artículo 61 únicamente cuando la Sala de Cuestiones Preliminares esté convencida



ausencia del procesado, estando prohibido dar curso al juicio propiamente tal en los eventos en que la persona acusada ignore la existencia de dicha acusación. Mientras que permite el proce-

de que el imputado entienda que tiene derecho a estar presente en la audiencia y las consecuencias de renunciar a ese derecho.

3. La Sala de Cuestiones Preliminares podrá autorizar al imputado a observar la audiencia desde fuera de la Sala mediante el uso de tecnologías de la comunicación y, en su caso, tomar las disposiciones que sean necesarias a ese fin.

4. La renuncia del derecho a estar presente en la audiencia no obstará para que la Sala de Cuestiones Preliminares reciba observaciones por escrito del imputado acerca de cuestiones de las que esté conociendo.

Regla 125

Decisión de celebrar una audiencia de confirmación de los cargos en ausencia del imputado

1. Tras haber celebrado las consultas previstas en las reglas 123 y 124, la Sala de Cuestiones Preliminares decidirá si existe razón para celebrar una audiencia de confirmación de los cargos en ausencia del imputado y, en caso afirmativo, si el imputado puede estar representado por un abogado. La Sala fijará, en el momento oportuno, una fecha para la audiencia y la anunciará públicamente.

2. La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares será comunicada al Fiscal y, de ser posible, al imputado o a su abogado.

3. Si la Sala de Cuestiones Preliminares decidiera no celebrar la audiencia en ausencia del imputado y este no estuviera a disposición de la Corte, la confirmación de los cargos no podrá efectuarse hasta que el imputado haya sido puesto a disposición de la Corte. La Sala, a petición del Fiscal o de oficio, podrá reconsiderar en cualquier momento esa decisión.

4. La Sala de Cuestiones Preliminares, si decidiera no celebrar la audiencia en ausencia del imputado y este estuviera a disposición de la Corte, ordenará su comparecencia.

Regla 126

Audiencia de confirmación de los cargos en ausencia del imputado

1. Las disposiciones de las reglas 121 y 122 serán aplicables *mutatis mutandis* a la preparación y la celebración de la audiencia de confirmación de los cargos en ausencia del imputado.

2. Si la Sala de Cuestiones Preliminares admitiere la participación del abogado del imputado en las actuaciones, este ejercerá en representación del imputado todos los derechos que le asisten.

3. Cuando un imputado que hubiere huido fuera detenido posteriormente y la Corte hubiere confirmado los cargos sobre cuya base el Fiscal se propone sustanciar el proceso, el imputado será puesto a disposición de la Sala de Primera Instancia constituida con arreglo al párrafo 11 del artículo 61. El imputado podrá pedir por escrito que la Sala de Primera Instancia remita a la Sala de Cuestiones Preliminares las cuestiones que sean necesarias para su funcionamiento eficaz e imparcial con arreglo al párrafo 4 del artículo 64.



samiento penal en contumacia, es decir, la rebeldía del procesado no obsta la ejecución del juicio (Roxin, 2000, 520-521). Se encuentra entonces una perfecta coincidencia con lo postulado en el Estatuto de Roma.

La misma tendencia se aprecia en la legislación procesal austriaca, la cual comporta como condición de la acusación el arresto sobreviniente a fin de provocar la efectiva comparecencia del acusado³⁴.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal del Reino de España (14/09/1882), sigue en líneas muy próximas la misma tendencia, es decir, concibe el procesamiento en rebeldía, mas no faculta el de ausencia más que hasta la formalización, esto es, hasta la acusación, debiendo suspender e, incluso, archivar el proceso si no se logra la comparecencia estando pendiente el juicio oral. Más aún, resulta acentuadamente exigente el procedimiento para proceder a la declaratoria de ausencia en la investigación. Se dice en la misma normatividad bajo el rótulo *Del procedimiento contra reos ausentes*, que será declarado rebelde el procesado que en el término fijado en la requisitoria no comparezca, o que no fuere habido y presentado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa³⁵. Tal situación genera el llamado y búsqueda mediante requisitoria en tres hipótesis: cuando en el domicilio se intenta la notificación y no es hallado en el mismo, no es hallado en su paradero o se ignora el domicilio; cuando el procesado se hubiese fugado del establecimiento en que se hallase privado de su libertad y; cuando estando disfru-

³⁴ I. A Criminal procedure starts with / without arrest of the accused.

³⁵ Del procedimiento contra reos ausentes.

834. Será declarado rebelde el procesado que en el término fijado en la requisitoria no comparezca, o que no fuere habido y presentado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa.



tando del subrogado de la libertad provisional no concurra ante la oficina judicial que lo requiere ³⁶.

Hallándose el procesado en cualquiera de las situaciones señaladas, hay lugar a la requisitoria, la cual se remitirá a los jueces, se publicará en los periódicos y se fijará en los sitios públicos mencionados en el artículo 512, uniéndose a los autos la original y un ejemplar de cada periódico en que se haya publicado. Habiéndose así procedido y en el caso de no comparecencia hay lugar a la declaratoria de rebeldía. En este evento, y hallándose el proceso en estado de sumario o investigación, se continuará hasta la conclusión de dicha etapa, suspendiéndose y archivándose tanto las piezas procesales como las pruebas susceptibles de conservarse que, además, no sean propiedad de un tercero.

En caso de estar pendiente el juicio oral, se suspenderá y procederá a archivar los autos. Y en el evento de comparecencia sobrevinida, se reabrirá el proceso a partir del instante en que se produjo el archivo³⁷.

³⁶ 835. Será llamado y buscado por requisitoria:

1º) El procesado que al ir a notificársele cualquier resolución judicial no fuere hallado en su domicilio por haberse ausentado, si se ignorase su paradero, y el que no tuviese domicilio conocido. El que practique la diligencia interrogará sobre el punto en que se hallare el procesado a la persona con quien dicha diligencia deba entenderse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 172 de esta ley.

2º) El que se hubiere fugado del establecimiento en que se hallase detenido o preso.

3º) El que, hallándose en libertad provisional, dejare de concurrir a la presencia judicial el día que le está señalado o cuando sea llamado.

³⁷ 836. Inmediatamente que un procesado se halle en cualquiera de los casos del artículo anterior, el Juez o Tribunal que conozca de la causa mandará expedir requisitorias para su llamamiento y busca.

837. La requisitoria expresará todas las circunstancias mencionadas en el artículo 513, excepto la última, cuando no se haya decretado la prisión o detención del procesado; y además las siguientes:



1ª) La del número del artículo 835 que diere lugar a la expedición de la requisitoria.

2ª) El término dentro del cual el procesado ausente deberá presentarse, bajo apercibimiento de que en otro caso será declarado rebelde y le parará el perjuicio a que hubiere lugar con arreglo a la ley.

838. La requisitoria se remitirá a los Jueces, se publicará en los periódicos y se fijará en los sitios públicos mencionados en el artículo 512, uniéndose a los autos la original y un ejemplar de cada periódico en que se haya publicado.

839. Transcurrido el plazo de la requisitoria sin haber comparecido o sin haber sido presentado el ausente, se le declarará rebelde.

840. Si la causa estuviere en sumario, se continuará hasta que se declare terminado por el Juez o Tribunal competente, suspendiéndose después su curso y archivándose los autos y las piezas de convicción que pudieren conservarse y no fueren de un tercero irresponsable.

841. Si al ser declarado en rebeldía el procesado se hallare pendiente el juicio oral, se suspenderá este y se archivarán los autos.

842. Si fueren dos o más los procesados y no a todos se les hubiese declarado en rebeldía, se suspenderá el curso de la causa respecto a los rebeldes hasta que sean hallados, y se continuará respecto a los demás.

843. En cualquiera de los casos de los tres artículos anteriores, se reservará, en el auto de suspensión, a la parte ofendida por el delito la acción que le corresponda para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios, a fin de que pueda ejercerla, independientemente de la causa, por la vía civil contra los que fueren responsables; a cuyo efecto no se alzarán los embargos hechos ni se cancelarán las fianzas prestadas.

844. Cuando la causa se archive por estar en rebeldía todos los procesados, se mandará devolver a los dueños, que no resulten civil ni criminalmente responsables del delito, los efectos o instrumentos del mismo o las demás piezas de convicción que hubiesen sido recogidas durante la causa; pero antes de hacerse la devolución, el Secretario extenderá diligencia consignando descripción minuciosa de todo lo que se devuelva.

Asimismo se verificará el reconocimiento pericial que habría de practicarse si la causa continuara su curso ordinario.

Para la devolución de los efectos y piezas de convicción pertenecientes a un tercero irresponsable, se observará lo que se dispone en los artículos 634 y 635.

845. Si el reo se hubiere fugado u ocultado después de notificada la sentencia y estando pendiente el recurso de casación, este se sustanciará hasta definitiva, nombrándose al rebelde Abogado y Procurador de oficio.

La sentencia que recaiga será firme.

Lo mismo sucederá si habiéndose ausentado u ocultado el reo después de haberle sido notificada la sentencia, se interpusiese el recurso por su representación o por el Ministerio Fiscal después de su ausencia u ocultación.

846. Cuando el declarado rebelde en los casos de los artículos 840 y 841 se presente o sea habido, se abrirá nuevamente la causa para continuarla según su estado.



La legislación francesa no es suficientemente clara pero parece tener la misma vocación³⁸. Al referirse a *la rebeldía en materia criminal* señala al *acusado que esté ausente sin una excusa válida en el momento de apertura del juicio oral*, sugiriendo que en etapas anteriores debió haberse enterado de la existencia del proceso, puesto que será en tal evento declarado en rebeldía. Al agregar que en este caso, el tribunal examinará el asunto y resolverá sobre la acusación sin la asistencia de los acusados, “salvo si estuvieran presentes otros acusados juzgados simultáneamente durante los debates, o si la ausencia del acusado hubiera sido constatada tras el inicio de los debates”, sugiriendo que el juicio en ausencia auténtica no es viable, es decir, cuando el procesado en momento alguno anterior se hizo presente³⁹.

³⁸ Ley 2000-516 del 15 de junio de 2000 art. I. *Diario Oficial* del 16 de junio de 2000.

³⁹ De la rebeldía en materia criminal Artículos 379-2 a 380.

Artículo 379-2 (Introducido por la Ley 2004-204 de 9 de marzo de 2004 art. 156 III *Diario Oficial* de 10 de marzo de 2004 en vigor el 1º de octubre de 2004). El acusado que esté ausente sin una excusa válida en el momento de apertura del juicio oral será juzgado en rebeldía conforme a las disposiciones del presente capítulo. Igualmente ocurrirá cuando la ausencia del acusado se verifique en el curso de los debates y cuando no sea posible suspenderlos hasta su regreso.

Sin embargo, el tribunal podrá igualmente decidir remitir el asunto a una sesión posterior tras haber expedido una orden de detención contra el acusado si una orden de las mencionadas no hubiera sido ya expedida.

Las disposiciones del presente capítulo no serán aplicables en los casos previstos por los artículos 320 y 322.

Artículo 379-3 (Introducido por la Ley 2004-204 de 9 de marzo de 2004 art. 156 III *Diario Oficial* de 10 de marzo de 2004 en vigor el 1º de octubre de 2004). El tribunal examinará el asunto y resolverá sobre la acusación sin la asistencia de los acusados, salvo si estuvieran presentes otros acusados juzgados simultáneamente durante los debates, o si la ausencia del acusado hubiera sido constatada tras el inicio de los debates.

Si un abogado estuviera presente para asegurar la defensa de los intereses del acusado, el procedimiento se desarrollará conforme a las disposiciones de los artículos 306 a 379-1, con excepción de las disposiciones relativas al interrogatorio o a la presencia del acusado.

En ausencia de abogado para asegurar la defensa de los intereses del acusado, el tribunal resolverá sobre la acusación tras haber oído a la parte civil o a su abogado y los requerimientos del ministerio fiscal.



La legislación italiana, por su parte, es conteste de esta misma inclinación, al referir que en caso de contumacia del imputado se seguirá adelante con la garantía de que disponga de un defensor. Empero, si la ausencia proviene de fuerza mayor o caso fortuito, la resolución que la declaró es en sí nula⁴⁰.

En caso de condena a una pena firme privativa de libertad, el tribunal expedirá orden de detención contra el acusado, salvo si esta hubiera sido ya expedida.

Artículo 379-4. Si el acusado condenado en las condiciones previstas por el artículo 379-3 se entregara o fuera detenido antes de la extinción de la pena por prescripción, la resolución de la Cour d'assises quedará sin valor en todas sus disposiciones y se procederá al respecto a un nuevo examen del asunto por la Cour d'assises conforme a las disposiciones de los artículos 269 a 379-1.

La orden de detención emitida contra el acusado en aplicación del artículo 379-3 u otorgada antes de la resolución de condena valdrá como una orden de internamiento y el acusado permanecerá detenido hasta su comparecencia ante la Cour d'assises, que deberá intervenir en el plazo previsto por el artículo 181 cuyo cómputo se iniciará desde la detención, a falta de ello será inmediatamente puesto en libertad.

Artículo 379-5 (Introducido por la Ley 2004-204 de 9 de marzo de 2004 art. 156 III *Diario Oficial* de 10 de marzo de 2004 en vigor el 1º de octubre de 2004). La apelación no será posible para la persona condenada en rebeldía.

Artículo 379-6 (Introducido por la Ley 2004-204 de 9 de marzo de 2004 art. 156 III *Diario Oficial* de 10 de marzo de 2004 en vigor el 1º de octubre de 2004). Las disposiciones del presente capítulo son aplicables a las personas enjuiciadas por delitos conexos. El tribunal podrá sin embargo a requerimiento del ministerio público y tras haber oído las alegaciones de las partes, ordenar la separación del procedimiento en lo que les concierna. Estas personas serán consideradas como enjuiciadas ante el tribunal correctionnel y podrán ser juzgadas en rebeldía ante él.

⁴⁰ Art.420-quater Contumacia dell'imputato.

1. Se l'imputato, libero o detenuto, non compare all'udienza e non ricorrono le condizioni indicate negli articoli 420 comma 2, 420-bis e 420-ter, commi 1 e 2, il giudice, sentite le parti, ne dichiara la contumacia.

2. L'imputato, quando si procede in sua contumacia, è rappresentato dal suo difensore.

3. Se l'imputato compare prima che il giudice adotti i provvedimenti di cui al comma 1 dell'articolo 424, il giudice revoca l'ordinanza che ha dichiarato la contumacia. In tal caso l'imputato può rendere dichiarazioni spontanee e chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio.

4. L'ordinanza dichiarativa di contumacia è nulla se al momento della pronuncia vi è la prova che l'assenza dell'imputato è dovuta a mancata conoscenza dell'avviso a norma dell'articolo 420-bis ovvero ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore od altro legittimo impedimento.



La legislación portuguesa a su turno, trae un desarrollo casi igual al del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁴¹. En efecto al distinguir la ausencia propiamente dicha de la contumacia, prohíbe la primera empero admite la posibilidad de que el procesado disponga ausentarse del escenario del juicio oral, a lo cual

5. Se la prova dell'assenza indicata nel comma 4 perviene dopo la pronuncia dell'ordinanza prevista dal comma 1, ma prima dei provvedimenti cui al comma 1 dell'articolo 424, il giudice revoca l'ordinanza medesima e, se l'imputato non è comparso, rinvia anche d'ufficio l'udienza. Restano comunque validi gli atti compiuti in precedenza, ma se l'imputato ne fa richiesta e dimostra che la prova è pervenuta con ritardo senza sua colpa, il giudice dispone l'assunzione o la rinnovazione degli atti che ritiene rilevanti ai fini dei provvedimenti di cui al comma 1 dell'articolo 424.

6. Quando si procede a carico di più imputati, si applicano le disposizioni dell'articolo 18, comma 1, lettere c) e d).

7. L'ordinanza dichiarativa della contumacia è allegata al decreto che dispone il giudizio. Nel decreto è in ogni caso indicato se l'imputato è contumace o assente.

Art.489 Dichiarazioni del contumace.

1. L'imputato già contumace che prova di non avere avuto conoscenza del procedimento a suo carico, può chiedere di rendere le dichiarazioni previste dall'art. 494. Nel corso del giudizio di cassazione (610 s.) le dichiarazioni sono rese al giudice per le indagini preliminari presso il tribunale del luogo in cui l'imputato si trova.

2. L'imputato nella richiesta prevista dal comma 1 può nominare un difensore (96) al quale deve essere dato tempestivo avviso del giorno e del luogo fissato per l'audizione; in mancanza, il giudice designa un difensore di ufficio (97). Se l'imputato si trova in stato di custodia cautelare (284-286), le dichiarazioni devono essere assunte entro un termine non superiore a quindici giorni da quello in cui è pervenuta la richiesta.

3. La disposizione del comma 1 si applica anche nei confronti del condannato nel corso del giudizio di revisione (636) o nella fase della esecuzione (655 s.). In tal caso le dichiarazioni sono assunte nelle forme previste dal comma 2 dal magistrato di sorveglianza del luogo in cui il condannato si trova.

4. Il verbale delle dichiarazioni rese dall'imputato o dal condannato è trasmesso senza ritardo alla corte di cassazione o alla corte di appello davanti alla quale pende il giudizio di revisione. Se le dichiarazioni sono state rese dal condannato e non pende giudizio di revisione, il relativo verbale è trasmesso al magistrato di sorveglianza competente a norma dell'art. 677.

Art.490 Accompagnamento coattivo dell'imputato assente o contumace.

1. Il giudice, a norma dell'art. 132, può disporre l'accompagnamento coattivo dell'imputato assente (488) o contumace (487), quando la sua presenza è necessaria per l'assunzione di una prova diversa dall'esame.

⁴¹ LEI N.º 59/98, de 25 de agosto de 1998.



se procederá salvo que estime el tribunal que resulta necesaria su presencia y, en todo caso, debe garantizarse su comunicación con su defensor.⁴² La contumacia en cambio es procedente, pero su legalidad se condiciona al agotamiento de una serie de medidas tendientes a lograr la comparecencia de la persona⁴³.

⁴² Artigo 332º Presença do arguido.

1 - É obrigatória a presença do arguido na audiência, sem prejuízo do disposto nos artigos 333º, No. 2, e 334º, No. 1, 2 e 3.

2 - O arguido que deva responder perante determinado tribunal, segundo as normas gerais da competência, e estiver preso em comarca diferente pela prática de outro crime, é requisitado à entidade que o tiver à sua ordem.

3 - A requerimento fundamentado do arguido, cabe ao tribunal proporcionar àquele as condições para a sua deslocação.

4 - O arguido que tiver comparecido à audiência não pode afastar-se dela até ao seu termo. O presidente toma as medidas necessárias e adequadas para evitar o afastamento, incluída a detenção durante as interrupções da audiência, se isso parecer indispensável.

5 - Se, não obstante o disposto no número anterior, o arguido se afastar da sala de audiência, pode esta prosseguir até final se o arguido já tiver sido interrogado e o tribunal não considerar indispensável a sua presença, sendo para todos os efeitos representado pelo defensor.

6 - O disposto no número anterior vale correspondentemente para o caso em que o arguido, por dolo ou negligência, se tiver colocado numa situação de incapacidade para continuar a participar na audiência.

7 - Nos casos previstos nos No.s 5 e 6 deste artigo, bem como no do artigo 325º, No. 4, voltando o arguido à sala de audiência é, sob pena de nulidade, resumidamente instruído pelo presidente do que se tiver passado na sua ausência.

8 - É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 116º, No. 1 e 2, e 254º.

⁴³ Artigo 335º Declaração de contumácia.

1 - Fora dos casos previstos nos No.s 1, 2 e 3 do artigo anterior, se, depois de realizadas as diligências necessárias à notificação a que se refere o artigo 313º, No. 2, não for possível notificar o arguido do despacho que designa dia para a audiência, ou executar a detenção ou a prisão preventiva referidas nos artigos 116º, No. 2, e 254º, ou consequentes a uma evasão, o arguido é notificado por editais para se apresentar em juízo, num prazo até 30 dias, sob pena de ser declarado contumaz.

2 - Os editais contêm as indicações tendentes à identificação do arguido, do crime que lhe é imputado e das disposições legais que o punem e a comunicação de que, não se apresentando no prazo assinado, será declarado contumaz.

3 - A declaração de contumácia é da competência do presidente e implica a suspensão dos termos ulteriores do processo até à apresentação ou à detenção do arguido, sem prejuízo da realização de actos urgentes nos termos do artigo 320º



La tendencia en América Latina

La legislación argentina⁴⁴ aun cuando no prohíbe el procesamiento en ausencia, faculta la situación de la contumacia durante la instrucción, al tiempo que ordena la suspensión del juicio en tanto no se logre la presencia del procesado.⁴⁵ Lo que implica

4 - Em caso de conexão de processos, a declaração de contumácia implica a separação daqueles em que tiver sido proferida.

Artigo 336º Caducidade da declaração de contumácia:

1 - A declaração de contumácia caduca logo que o arguido se apresentar ou for detido, sem prejuízo do disposto no No. 4 do artigo anterior.

2 - Logo que se apresente ou for detido, o arguido é sujeito a termo de identidade e residência, sem prejuízo de outras medidas de coação, observando-se o disposto no artigo 58º, No. 2, 3 e 4.

3 - Se o processo tiver prosseguido nos termos do artigo 283º, No. 5, parte final, o arguido é notificado da acusação, podendo requerer abertura de instrução no prazo a que se refere o artigo 287º, seguindo-se os demais termos previstos para o processo comum.

Artigo 337º Efeitos e notificação da contumácia:

1 - A declaração de contumácia implica para o arguido a passagem imediata de mandado de detenção para efeitos do disposto no No. 2 do artigo anterior ou para aplicação da medida de prisão preventiva, se for caso disso, e a anulabilidade dos negócios jurídicos de natureza patrimonial celebrados após a declaração.

2 - A anulabilidade é deduzida perante o tribunal competente pelo Ministério Público até à cessação da contumácia.

3 - Quando a medida se mostrar necessária para desmotivar a situação de contumácia, o tribunal pode decretar a proibição de obter determinados documentos, certidões ou registos junto de autoridades públicas, bem como o arresto, na totalidade ou em parte, dos bens do arguido.

4 - Ao arresto é correspondentemente aplicável o disposto no artigo 228º, No. 2, 3, 4 e 5.

5 - O despacho que declarar a contumácia é anunciado nos termos do artigo 113º, No. 9, parte final, e notificado, com indicação dos efeitos previstos no No. 1, ao defensor e a parente ou a pessoa da confiança do arguido.

6 - O despacho que declarar a contumácia, com especificação dos respectivos efeitos, e aquele que declarar a sua cessação são publicados no Diário da República.

⁴⁴ Ley 23984.

⁴⁵ Rebeldía del imputado.

Casos en que procede.

Art. 288. - Será declarado rebelde el imputado que sin grave y legítimo impedimento no compareciere a la citación judicial, o se fugare del establecimiento o lugar en que



seguir de muy cerca la línea del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como lo verificado a nivel de la ley predominante en Europa.

La legislación boliviana por su parte sigue líneas similares⁴⁶. Es así como no contempla el procesamiento en ausencia, pero sí la rebeldía, bajo ciertas y determinadas circunstancias. Pese a ello, al igual que algunas legislaciones europeas, puede generar alguna duda el empleo ambivalente de algunos términos. Por ejemplo, cuando indica que el juez o tribunal del proceso, previa constatación de la incomparecencia, evasión, incumplimiento o *ausencia*, declarará la rebeldía mediante resolución fundamentada, parece sugerir que admite la ausencia propiamente dicha, sin embargo del contexto surge que se trata de una decisión de la persona en el sentido de no comparecer. En todo caso, concluye prescribiendo que el juicio no podrá realizarse en ausencia de la persona procesada⁴⁷.

se hallare detenido, o se ausentare, sin licencia del tribunal, del lugar asignado para su residencia.

Declaración:

Art. 289. - Transcurrido el término de la citación o comprobada la fuga o la ausencia, el tribunal declarará la rebeldía por auto y expedirá orden de detención, si antes no se hubiere dictado.

Efectos sobre el proceso:

Art. 290. - La declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la instrucción. Si fuere declarada durante el juicio, este se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes.

Declarada la rebeldía, se reservarán las actuaciones y los efectos, instrumentos o piezas de convicción que fuere indispensable conservar.

La acción civil podrá tramitarse en la sede respectiva. Cuando el rebelde comparezca, por propia voluntad o por fuerza, la causa continuará según su estado.

⁴⁶ Ley 1970, del 25 de marzo de 1999.

⁴⁷ Artículo 87.- (Rebeldía). El imputado será declarado rebelde cuando:

1. No comparezca sin causa justificada a una citación de conformidad a lo previsto en este Código.

2. Se haya evadido del establecimiento o lugar donde se encontraba detenido.



El Decreto Ley 3689 del 3 de octubre de 1941 de Brasil, modificado o actualizado en 1991, no contempla el procesamiento en ausencia. En cambio sí admite el caso de la rebeldía cuando el procesado se niega a comparecer⁴⁸.

3. Incumpla un mandamiento de aprehensión emitido por autoridad competente; y
4. Se ausente sin licencia del juez o tribunal del lugar asignado para residir.

Artículo 88.- (Impedimento del imputado emplazado). El imputado o cualquiera a su nombre, podrá justificar ante el juez o tribunal su impedimento; caso en el que se concederá al impedido un plazo prudencial para que comparezca.

Artículo 89.- (Declaratoria de rebeldía). El juez o tribunal del proceso, previa constatación de la incomparecencia, evasión, incumplimiento o ausencia, declarará la rebeldía mediante resolución fundamentada, expidiendo mandamiento de aprehensión o ratificando el expedido.

Declarada la rebeldía el juez o tribunal dispondrá:

1. El arraigo y la publicación de sus datos y señas personales en los medios de comunicación para su búsqueda y aprehensión.
2. Las medidas cautelares que considere convenientes sobre los bienes del imputado para asegurar la eventual responsabilidad civil emergente del hecho imputado;
3. La ejecución de la fianza que haya sido prestada;
4. La conservación de las actuaciones y de los instrumentos o piezas de convicción; y
5. La designación de un defensor para el rebelde que lo represente y asista con todos los poderes, facultades y recursos reconocidos a todo imputado.

Artículo 91.- (Comparecencia). Cuando el rebelde comparezca o sea puesto a disposición de la autoridad que lo requiere el proceso continuará su trámite dejándose sin efecto las órdenes dispuestas a efectos de su comparecencia y manteniendo las medidas cautelares de carácter real.

El imputado o su fiador pagará las costas de su rebeldía. Si justifica que no concurrió debido a un grave y legítimo impedimento, la rebeldía será revocada y no habrá lugar a la ejecución de la fianza.

Artículo 90.- (Efectos de la rebeldía). La declaratoria de rebeldía no suspenderá la etapa preparatoria. Cuando sea declarada durante el juicio, este se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes.

La declaratoria de rebeldía interrumpe la prescripción.

⁴⁸ Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. (Redação dada pela Lei No. 9.271, de 17.4.1996).

§ 1o As provas antecipadas serão produzidas na presença do Ministério público e do defensor dativo. (Incluído pela Lei No. 9.271, de 17.4.1996).



La legislación de Chile describe la misma postura⁴⁹. Las condiciones que conlleva la declaración de rebeldía surgen de dos situaciones específicas, por un lado, cuando se hubiere ordenado el aseguramiento mediante detención preventiva y la autoridad competente no hubiere habido a la persona y; cuando solicitada la extradición no se haya concedido. De cualquier forma, en estas condiciones no puede adelantarse el proceso más allá de la audiencia preparatoria y previa al juicio oral, debiéndose suspender en tanto se logra la comparecencia⁵⁰.

§ 2o Comparecendo o acusado, ter-se-á por citado pessoalmente, prosseguindo o processo em seus ultteriores atos. (Incluído pela Lei No. 9.271, de 17.4.1996).

Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo. (Redação dada pela Lei No. 9.271, de 17.4.1996).

Art. 368. Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento. (Redação dada pela Lei No. 9.271, de 17.4.1996).

Art. 369. As citações que houverem de ser feitas em legações estrangeiras serão efetuadas mediante carta rogatória. (Redação dada pela Lei No. 9.271, de 17.4.1996).

⁴⁹ Ley 19.696, publica con fecha 12 de octubre de 2000.

⁵⁰ Art. 99. Causales de rebeldía. El imputado será declarado rebelde:

- a) Cuando, decretada judicialmente su detención o prisión preventiva, no fuere habido, o
- b) Cuando, habiéndose formalizado la investigación en contra del que estuviere en país extranjero, no fuere posible obtener su extradición.

Art. 100. Declaración de rebeldía. La declaración de rebeldía del imputado será pronunciada por el tribunal ante el que debiere comparecer.

Art. 101. Efectos de la rebeldía. Declarada la rebeldía, las resoluciones que se dictaren en el procedimiento se tendrán por notificadas personalmente al rebelde en la misma fecha en que se pronunciaren.

La investigación no se suspenderá por la declaración de rebeldía y el procedimiento continuará hasta la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, en la cual se podrá sobreseer definitiva o temporalmente la causa de acuerdo al mérito de lo obrado. Si la declaración de rebeldía se produjere durante la etapa de juicio oral, el procedimiento se sobreseerá temporalmente, hasta que el imputado compareciere o fuere habido.

El sobreseimiento afectará sólo al rebelde y el procedimiento continuará con respecto a los imputados presentes.

El imputado que fuere habido pagará las costas causadas con su rebeldía, a menos que justificare debidamente su ausencia.



La legislación costarricense es sumamente ambigua⁵¹. Ciertamente previó la que denominó *notificación a persona ausente*, indicando que cuando no se logre la notificación personal al procesado, se le hará a quien se halle en el lugar o a falta de tal a un vecino, entregándole una copia de la decisión, adquiriendo la obligación de hacerle entrega al directamente interesado⁵². Al tiempo define la rebeldía para el imputado que sin grave impedimento, no comparezca a una citación, se fugue del establecimiento o lugar donde esté detenido, o se ausente de su domicilio sin aviso. En todo caso, la rebeldía impide ir más allá de la audiencia preliminar al juicio oral⁵³.

La legislación cubana, por su parte, sí admite el procesamiento en ausencia, pese a denominarlo como rebeldía, pues puede

⁵¹ Ley 7594 del 10 de abril de 1996.

⁵² ARTÍCULO 161.- Notificación a persona ausente

Cuando la persona por notificar no sea encontrada en el lugar, la copia será entregada a alguna persona mayor de edad que se encuentre allí o bien a uno de sus vecinos más cercanos, quienes tendrán la obligación de identificarse y entregar la copia al interesado.

⁵³ ARTÍCULO 89.- Rebeldía

Será declarado en rebeldía el imputado que, sin grave impedimento, no comparezca a una citación, se fugue del establecimiento o lugar donde esté detenido, o se ausente de su domicilio sin aviso.

ARTÍCULO 90.- Efectos

La declaración de rebeldía o de incapacidad suspenderá la audiencia preliminar y el juicio, salvo que corresponda, en este último caso, el procedimiento para aplicar una medida de seguridad.

La incomparecencia del imputado a la audiencia preliminar no producirá su rebeldía.

El procedimiento sólo se paralizará con respecto al rebelde y continuará para los imputados presentes.

Al decretarse la rebeldía se dispondrá la captura del imputado. Durante el procedimiento preparatorio se solicitará la orden al tribunal.

Si el imputado se presenta después de la declaratoria de rebeldía y justifica su ausencia en virtud de un impedimento grave y legítimo, aquella será revocada y no producirá ninguno de los efectos señalados en esta norma.



procesarse incluso en juicio a la persona que no fue hallada en su domicilio⁵⁴.

La legislación dominicana en cambio, no previó el procesamiento en ausencia pero sí en contumacia, al prever en este evento las hipótesis en que el procesado se dispuso sustraerse de la comparecencia al proceso. Y aún así no se puede proceder a enjuiciar sin lograr la comparecencia, entendiendo que en situación de rebeldía del procesado, la actuación no va más que hasta la audiencia preparatoria⁵⁵.

⁵⁴ ARTÍCULO 442.-Se declara en rebeldía al acusado que en el término fijado en la requisitoria no comparece, ni es habido y presentado ante el Instructor o el Tribunal que conozcan del expediente o de la causa, según sea la fase del proceso.

ARTÍCULO 443.-Será llamado y buscado por requisitoria el acusado:

- 1) que citado, encontrándose en libertad, no comparezca ante el Tribunal, el Fiscal o el Instructor;
- 2) que no sea posible citarlo o notificarle cualquier resolución judicial por haber abandonado su domicilio o centro de trabajo, y se ignore su paradero;
- 3) que encontrándose sujeto a alguna medida cautelar privativa de libertad, se haya fugado.

ARTÍCULO 444.-Inmediatamente que un acusado se halle en alguno de los casos anteriormente señalados, el Instructor, el Fiscal o el Tribunal que conoce del proceso mandará a expedir requisitorias para su llamamiento y captura, con expresión de los datos y circunstancias necesarios y del plazo dentro del cual el ausente debe presentarse, bajo apercibimiento de ser declarado en rebeldía si no lo hace. Transcurrido el plazo de la requisitoria sin haber comparecido o sin haber sido presentado el ausente, se le declara en rebeldía.

ARTÍCULO 454.-Si el acusado se constituye en rebeldía después de hecha pública la sentencia, háyasele o no notificado personalmente, se entiende caducado su derecho, a establecer el recurso que contra ella proceda; o se le tendrá por desistido en el que se haya llegado a establecer a su favor, según el caso. Continuarán, sin embargo, hasta su terminación, los recursos que hayan establecido las demás partes.

⁵⁵ Art. 100.- Rebeldía. Cuando el imputado no comparece a una citación sin justificación, se fuga del establecimiento donde está detenido o se ausenta de su domicilio real con el propósito de sustraerse al procedimiento, el ministerio público puede solicitar al juez o tribunal que lo declare en rebeldía y que dicte orden de arresto.

Declarada la rebeldía, el juez o tribunal, dispone:

- 1) El impedimento de salida del país;
- 2) La publicación de sus datos personales en los medios de comunicación para su búsqueda y arresto, siempre que lo juzgue conveniente;



La ley ecuatoriana sigue de cerca a la legislación colombiana⁵⁶. En efecto, previó que en caso de causas públicas basta dirigir un telegrama al lugar de residencia del procesado, y si de causas privadas se trata, se rige la situación por la ley civil⁵⁷.

3) Las medidas de carácter civil que considere convenientes sobre los bienes del imputado para asegurar la eventual responsabilidad civil emergente del hecho atribuido, siempre que se haya ejercido la acción civil;

4) La ejecución de la fianza que haya sido prestada;

5) La conservación de las actuaciones y de los elementos de prueba;

6) La designación de un defensor para el imputado en rebeldía, si este no ha sido designado, para que lo represente y lo asista con todos los poderes, facultades y recursos reconocidos a todo imputado.

Art. 101.- Efectos de la rebeldía. La declaración de rebeldía no suspende el procedimiento preparatorio y puede presentarse la acusación, pero no se celebrará la audiencia preliminar.

Cuando la rebeldía es declarada durante el juicio, este se suspende con respecto al rebelde y continúa para los demás imputados presentes.

Cuando el imputado en rebeldía comparece voluntariamente o es puesto a disposición de la autoridad que lo requiere, se extingue el estado de rebeldía y el procedimiento continúa, quedando sin efecto la orden de arresto. El juez puede dictar la medida de coerción que corresponda.

⁵⁶ R.O. 360-S, 13-I-2000.

⁵⁷ Art. 59.- Citación.- La citación de la querrela se hará al acusado personalmente, entregándole la boleta correspondiente. Si no estuviere presente en el lugar señalado para la citación, se le citará mediante tres boletas entregadas en su residencia, en tres distintos días. Pero si hubiese señalado domicilio, la citación se la hará mediante una sola boleta dejada en dicho domicilio.

En las boletas de citación se hará constar el texto de la querrela y del auto de aceptación.

El actuario o quien haga sus veces, dejará la primera boleta en la habitación del que deba ser citado, cerciorándose de este particular. Si este cambiare de habitación, o se ausentare, las otras dos boletas deben dejarse en el mismo lugar en el cual se dejó la primera.

Si se trata de un delito de acción pública o de instancia particular y el acusado estuviere prófugo, bastará la citación al defensor público o defensor de oficio del lugar, la que se hará en persona o mediante una sola boleta dejada en la oficina o residencia del nombrado defensor.

Si se trata de un delito de acción privada y se desconoce el domicilio del acusado, la citación se hará por la prensa, en la forma señalada en el Código de Procedimiento Civil.



La legislación salvadoreña si bien no contempla el procesamiento en ausencia, sí admite el proceso en rebeldía, pudiendo incluso ejecutarse la vista pública en dicha situación.⁵⁸

En Guatemala no se previó el procesamiento en ausencia, en cambio sí en contumacia, dejando en claro que procede siempre

La boleta o la publicación deberá contener la prevención de designar defensor y de señalar casilla o domicilio judicial para las notificaciones.

⁵⁸ Art. 110.- Será considerado rebelde el imputado que:

- a) Sin justa causa no se apersona al juzgado o tribunal o a cualquiera de las audiencias del proceso, habiéndosele citado y notificado por cualquiera de los medios regulados en este Código para tal efecto;
- b) Se fugue del lugar de su detención o incumpla las medidas alternativas o sustitutivas de la detención provisional; y
- c) Se niegue a salir, sin justa causa, del establecimiento o lugar en que se halle detenido.

Art. 111.- Comprobado alguno de los extremos señalados en el artículo precedente, el juez declarará la rebeldía, expedirá orden de captura y en caso de no haberse nombrado defensor, solicitará el nombramiento al Procurador General de la República.

Art. 112.- La declaración de rebeldía no suspenderá el curso del proceso ni impedirá la celebración de la vista pública, siempre y cuando el imputado tuviere conocimiento personal del proceso incoado en su contra. Se entenderá que el imputado ha tenido conocimiento del proceso cuando hubiere sido notificado en persona, estado presente en las audiencias judiciales o se encuentre sometido a alguna medida cautelar.

En caso de no existir ese conocimiento, el proceso continuará hasta la finalización de la etapa preparatoria, estado en el que se suspenderá hasta que el imputado comparezca o sea capturado.

Art. 113.- Si el imputado se presenta con posterioridad a la declaración de su rebeldía y antes de la vista pública, justificando que no concurrió debido a un grave y legítimo impedimento, si es procedente, se revocará de inmediato la orden de captura y se harán las comunicaciones correspondientes.

Si el imputado lo solicita, se le extenderá un certificado que acredite la revocación de la captura.

Art. 173.- Cuando se ignore el lugar donde se encuentre la persona a notificar, la resolución se hará saber por edicto, sin perjuicio de las medidas necesarias para averiguar la residencia.

El edicto figurará original en el proceso y de él se sacarán cuatro copias, que se fijarán una en el tablero del tribunal, dos en los lugares públicos más frecuentados de la localidad y la restante que se mandará a publicar durante tres días consecutivos en uno de los diarios de circulación nacional, salvo disposición expresa.



que el procesado tenga conocimiento del proceso en su contra. Aún así, no es viable el juicio sin su presencia⁵⁹.

En Haití la situación no es mayormente distinta, en cuanto previó la contumacia con aptitud para impedir el juicio pero no la instrucción⁶⁰.

⁵⁹ Artículo 79.- (Rebeldía). Será declarado rebelde el imputado que sin grave impedimento no compareciere a una citación, se fugare del establecimiento o lugar en donde estuviere detenido, rehuyere la orden de aprehensión emitida en su contra, o se ausentare del lugar asignado para residir, sin licencia del tribunal.

La declaración de rebeldía será emitida por el juez de primera instancia o el tribunal competente, previa constatación de la incomparecencia, fuga o ausencia, expidiendo orden de detención preventiva.

Se emitirá también orden de arraigo ante las autoridades correspondientes para que no pueda salir del país.

La fotografía, dibujo, datos y señas personales del rebelde podrán publicarse en los medios de comunicación para facilitar su aprehensión inmediata.

Artículo 80.- (Efectos de la rebeldía). La declaración de rebeldía no suspenderá el procedimiento preparatorio.

En los demás, el procedimiento se paralizará sólo con respecto al rebelde, reservándose las actuaciones, efectos, instrumentos o piezas de convicción que fuere indispensable conservar, y continuará para los otros imputados presentes.

La declaración de rebeldía implicará la revocación de la libertad que le hubiere sido concedida al imputado y lo obligará al pago de las costas provocadas.

Cuando el rebelde compareciere o fuere puesto a disposición de la autoridad que lo requiera, el proceso continuará según su estado, respecto de este procesado.

Artículo 270. (Ejecución de las cauciones). En los casos de rebeldía o cuando el imputado se sustrajere a la ejecución de la pena, se fijará un plazo no menor de cinco días para que comparezca o cumpla la condena. De ello se notificará al imputado y al fiador advirtiéndoles que, si aquel no comparece, no cumple la condena impuesta, o no justifica estar impedido por fuerza mayor, la caución se ejecutará al término del plazo.

Vencido el plazo, el tribunal dispondrá, según el caso, la venta en pública subasta de los bienes que integran la caución por intermedio de una institución bancaria o el embargo y ejecución inmediata de bienes del fiador, por vía de apremio en cuerda separada por el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil. La suma líquida de la caución será transferida a la Tesorería del Organismo Judicial.

⁶⁰ CHAPITRE II - DES CONTUMACES

C.f. 465.

C.h. 356 Art. 366.- Lorsque, après une ordonnance de mise en accusation, l'accusé n'aura pu être saisi, ou ne se représentera pas dans les dix jours de la notification qui en aura été faite à son domicile, ou lorsque, après s'être présenté ou avoir été



En Honduras bajo la denominación reo ausente se cobija la contumacia como la ausencia propiamente dicha, pero sin embargo, se prohíbe el juicio en tales condiciones, significando que apenas puede sumariarse un proceso en ausencia del procesado⁶¹.

saisi il se sera évadé, le Doyen du tribunal criminel, ou, à son défaut, l'un des juges délégués en vertu de l'article 181, rendra une ordonnance portant que l'accusé sera tenu de se représenter dans un nouveau délai de dix jours, sinon qu'il sera déclaré rebelle à la loi, qu'il sera suspendu de l'exercice des droits de citoyen, que ses biens seront séquestrés pendant l'instruction de la contumace, que toute action en justice lui sera interdite pendant le même temps, qu'il sera procédé contre lui, et que toute personne est tenue d'indiquer le lieu où il se trouve.- C. civ. 91 et suiv.- Proc. civ. 78.

Cette ordonnance fera de plus mention du crime et de l'ordonnance de prise de corps.- Inst. crim. 34, 77, 119, 120, 177, 179, 367 et suiv., 370.

C.h. 365 Art. 375.- En aucun cas, la contumace d'un accusé ne suspendra ni ne retardera de plein droit l'instruction à l'égard de ses co-accusés présents.

Le tribunal pourra ordonner, après le jugement de ceux-ci, la remise des effets déposés au greffe comme pièces de conviction, lorsqu'ils seront réclamés par les propriétaires ou ayants droit.

Il pourra aussi ne l'ordonner qu'à charge de représenter, s'il y a lieu.

Cette remise sera précédée d'un procès-verbal de description dressé par le greffier, à peine de vingt gourdes d'amende.

C.h. 369 Art. 379.- Le contumax qui, après s'être représenté, obtiendrait son renvoi de l'accusation, sera toujours condamné aux frais occasionnés par sa contumace

⁶¹ CAPÍTULO IV. DEL PROCEDIMIENTO CONTRA REOS AUSENTES.

Art. 141.- Si la causa estuviere en sumario y el reo se fugare o no fuere habido, se continuará hasta su terminación; y si hubiere mérito para elevar la causa o plenario, se suspenderá su curso y se archivará en el Juzgado de Letras respectivos los autos y las piezas de convicción que pudieren conservarse y no fueren de un tercero no responsable.

En caso de que el reo se fugue estando la causa en plenario, si no tiene defensor, se le nombrará de oficio para que lo represente hasta la completa terminación de la causa.

En ambos casos, el juez estará obligado al libramiento de las requisitorias y órdenes conducentes a la captura del reo.

Artículo 142.- Si el reo estuviere fuera del territorio de Honduras, se procederá a pedir su extradición.

Artículo 143.- La parte ofendida podrá ejercitar por la vía civil la acción que le corresponda contra el reo prófugo y demás responsables del delito, pero la sentencia que recaiga en este juicio, aunque adquiera el carácter de firme, no prejuzgará la responsabilidad penal.



La legislación mexicana sigue derroteros similares para el caso de la contumacia⁶².

En la ley nicaragüense se contempló la contumacia. En este caso la rebeldía impide el enjuiciamiento a no ser que dicha situación se haya generado precisamente en esa etapa procesal⁶³.

La legislación paraguaya previó también el caso de la rebeldía o contumacia, observando que si bien no interrumpe la investigación, en cambio sí cualquier decisión, aún incluso que deba tomarse en dicha etapa procesal, que conlleve la conclusión del proceso⁶⁴.

⁶² Artículo 111.- Si a pesar de no haberse hecho la notificación en la forma que este Código previene, la persona que debe ser notificada se muestra sabedora de la providencia, se tendrá por hecha la notificación.

⁶³ Artículo 98. Rebeldía. Se considerará rebelde al imputado o al acusado que sin justa causa no comparezca a la citación formulada por los jueces o tribunales, se fugue del establecimiento o lugar en que se halle detenido, o se ausente del lugar asignado para su residencia.

Al decretarse la rebeldía, el juez competente dispondrá su detención y al efecto expedirá orden a las autoridades policiales.

Artículo 99. Efectos de la rebeldía. La declaración de rebeldía no suspenderá el proceso, pero impedirá la celebración del Juicio no iniciado.

Si la rebeldía se produce una vez iniciado el Juicio, este continuará hasta su fenecimiento, y el acusado será representado por su defensor.

⁶⁴ Artículo 82. Rebeldía. Será declarado en rebeldía el imputado que no comparezca a una citación sin justificación, se fugue del establecimiento o lugar donde está detenido, desobedezca una orden de aprehensión o se ausente sin aviso de su domicilio real.

La declaración de rebeldía y la consecuente orden de captura serán dispuestas por el juez.

En los casos de rebeldía se podrán publicar datos indispensables para su captura, mediante orden judicial.

Artículo 83. Efectos. La declaración de rebeldía no suspenderá la investigación, salvo en lo que se refiere a resoluciones que pongan fin al proceso.

En las etapas subsiguientes, el procedimiento sólo se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los imputados presentes.

La declaración de rebeldía implicará la revocación de la libertad que le haya sido concedida al imputado y le obliga, en caso de presentación involuntaria, al pago de las costas provocadas.

Cuando el imputado rebelde comparezca voluntariamente o sea puesto a disposición de la autoridad que lo requiere, se extinguirá su estado de rebeldía y continuará el procedimiento, quedando sin efecto la orden de captura.



El código peruano sí incorporó la ausencia junto con la contumacia, mediante un régimen muy similar al de la legislación colombiana⁶⁵.

Por su parte la legislación uruguaya dentro de la definición de rebeldía comprendió también a los ausentes, pero sin embargo, al sobrevenir tal declaración debe sobrevenir, al margen de la etapa procesal en que se halle la actuación, la suspensión, pues no puede proseguirse sin la presencia del procesado⁶⁶.

⁶⁵ Artículos: ARTÍCULO 79. Contumacia y Ausencia.- 2. El Juez, a requerimiento del Fiscal o de las demás partes, previa constatación, declarará ausente al imputado cuando se ignora su paradero y no aparezca de autos evidencia que estuviera conociendo del proceso.

ARTÍCULO 79. Contumacia y Ausencia.- 1. El Juez, a requerimiento del Fiscal o de las demás partes, previa constatación, declarará contumaz al imputado cuando: a) de lo actuado aparezca evidente que, no obstante tener conocimiento de que es requerido, no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales; b) fugue del establecimiento o lugar en donde está detenido o preso; c) no obedezca, pese a tener conocimiento de su emisión, una orden de detención o prisión; y d) se ausente, sin autorización del Fiscal o del Juez, del lugar de su residencia o del asignado para residir.

⁶⁶ Artículo 61.- (Rebeldía).

61.1.- Será considerado rebelde el imputado que no fuere ubicado inicialmente para su citación o detención, el que no compareciere sin justificación a una citación judicial, el que variare de domicilio real sin comunicarlo al Tribunal y sin que se conozca el domicilio actual y el que fugare del lugar de detención.

61.2.- La rebeldía será declarada por el Tribunal, el que, según las circunstancias, podrá disponer la detención del imputado, la prosecución de las averiguaciones para su ubicación, el cierre de fronteras o el libramiento de exhorto para su extradición. El Tribunal podrá, asimismo, solicitar informes al público por los medios de ...

Artículo 62.- (Efectos de la rebeldía).

62.1.- La declaración de rebeldía suspenderá el proceso a partir de la comprobación de ese estado, sin perjuicio de continuar para los otros imputados presentes.

62.2.- Cuando cesare la rebeldía, el Tribunal así lo declarará y el proceso continuará según su estado.

Para una mejor comprensión del concepto de límites de extensionalidad, pueden verse las obras de *John Searle* y *John Austin*. En materia de investigaciones aplicadas, dicha categoría fue utilizada en la investigación *Los Fallos Penales por Inasistencia Alimentaria*. Un desfase entre la ley y la práctica judicial. Moya Vargas Manuel Fernando. Universidad Santo Tomás de Aquino. 2007.



Corolario

Contrario a lo sostenido por la Corte Constitucional, la tendencia universal predominante indica que muy excepcionalmente se admite el procesamiento penal de personas ausentes.

Se vio cómo el Estatuto de Roma contempló únicamente la figura de la contumacia, al tiempo que prohíbe que en dicha situación pueda avanzarse más allá de la formalización de cargos. Incluso, previó la posibilidad de que el procesado durante el juicio realice maniobras orientadas a alterar el normal desarrollo de la audiencia, caso en el cual el tribunal podrá retirarlo, pero garantizando que continuará en permanente comunicación con su defensor y, que podrá formular solicitudes escritas a los jueces.

Los códigos nacionales son convergentes en líneas generales de dicha tendencia. En efecto, se ha apreciado que el procesamiento en ausencia solamente es contemplado en los códigos de Cuba, Ecuador, Perú y Colombia, los cuales tienen por característica permitir que el proceso avance hasta su culminación sin el procesado, y además que tampoco es preciso que se haya enterado del hecho del inicio del ejercicio de la acción penal.

Estos tres códigos son los menos garantistas del contexto universal analizado, y se separa en contra de los derechos y garantías de las personas procesadas, de las tendencias universales.

Se observa que los estatutos que admiten la contumacia, por regla general, salvo una excepción, impiden que se celebre el juicio sin haber logrado la comparecencia de la persona procesada. Significando un avance del proceso hasta el instante de la formalización, salvo un evento en que se permite llegar hasta la audiencia previa al juicio oral.



Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo

VIII

Conclusiones

Conclusiones

En el tratamiento descubierto tanto en normas internacionales como en las legislaciones extranjeras, se descubre como inconcusa la tendencia a no contemplar el procesamiento de personas ausentes, tanto que ni siquiera lo prohíben en cuanto resulta completamente incompatible con el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales que prescribe el derecho internacional, y que han sido acogido por los regímenes nacionales.

Por otra parte, si bien las legislaciones internacional y extranjera admiten el procesamiento en rebeldía, garantizan la improcedencia de la ausencia del procesado contumaz durante la etapa de juicio, es decir, dada la contumacia, tanto sólo puede instruirse o investigarse, mas no juzgarse.

El régimen procesal colombiano, pese a la vigencia del principio adversarial se separa de esa tendencia. Sin embargo, el recorrido que informa el estado del arte acerca del procesamiento de personas ausentes, concita una serie de principios bajo los cuales la jurisprudencia admite la institución, lo que supuestamente la legitima y supera sus contradicciones con los plexos de derechos y garantías procesales.

Como ha podido apreciarse, la tendencia universal es no procesar en ausencia, aunque con una muy apretada interpretación de las decisiones de instancias internacionales se ha concluido su viabilidad en Colombia, empero, ello bajo las restricciones que la



Corte informó al verificar la constitucionalidad de la figura en la Ley 906 de 2004.

Para la Corporación, la vinculación a procesos de personas ausentes se condiciona a los siguientes principios:

1. *Residualidad*. Se procede a la vinculación en ausencia como excepción.
2. *Proporcionalidad*. Siempre que desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, el procesamiento en ausencia es viable a condición de que tal decisión contribuya a darle continuidad y eficacia a la administración de justicia.
3. *Verificabilidad*. De forma real y material tiene que demostrar la Fiscalía haber agotado los medios de ubicación y citación en términos que suficiente y razonablemente permitan concluir que fue imposible lograr la comparecencia.
4. *Continuidad*. La Fiscalía queda obligada a continuar los actos de ubicación y citación personal de la persona procesada.
5. *Potenciación del derecho de defensa*. Frente a la declaratoria de persona ausente el derecho de defensa debe ser reforzado.

Sobre las bases descritas, la hipótesis considerada en este proceso de investigación expuso que los presupuestos ópticos de la Corte Constitucional, pese a su enorme esfuerzo, son inconsultos de la tendencia universal, y que las prácticas judiciales desarrolladas en Colombia en relación con el procesamiento en ausencia, no realizan las condiciones de viabilidad previstas por la Corte Constitucional como factores que califican la legalidad de los procesos en que acontece el fenómeno.

Al respecto, dentro de las aproximaciones que fue posible realizar, no se conocieron casos específicos en que, por ejemplo, el



fiscal continuara tras lograr la declaratoria de ausencia, con las actividades dirigidas a ubicar y hacer comparecer a la persona. Lo cual implica que tan banal es la decisión de la Corte, que ni siquiera se invoca, puesto que de hacerse seguramente la mayor proporción de procesos contra ausentes devendría nulo. Entonces, ¿para qué mantener el procesamiento en ausencia si dichas actuaciones son potencialmente nulitables? Y si por ejemplo, existiese una intención clara de la Fiscalía de atender los lineamientos de la Corte, la inversión material y humana sería de alta consideración, entonces, ¿qué se ganaría manteniendo la figura, cuando los mismos recursos pueden emplearse en procesar en presencia de las personas sin riesgo de que resulten nulos por esta misma razón?

En efecto, la Corte da cabida a la institución sobre estas y otras falacias argumentativas. Es evidente que conservar el procesamiento de personas ausentes conlleva un desmedro demasiado trascendental a los derechos y garantías procesales de las personas, y justamente por ello se explica que la tendencia universal riñe con semejante práctica.

La explicación de esta tendencia se explica no sólo en el hecho de tomar por principio el criterio de adversariedad, sino porque la única forma como puede procurarse una auténtica condición de garantía del ejercicio del derecho a la defensa material, es precisamente a condición de que la persona pueda de cuerpo presente hacer uso de la contradicción, la impugnación, la postulación, etcétera, implicados en el verdadero ejercicio del derecho de defensa. En ausencia del procesado, la defensa material no es más que el reconocimiento formal de un derecho, tan distante de la realidad como presumir que en una sociedad con niveles dramáticos de desempleo, se pueda presumir procesalmente que a quien no se le puede demostrar el nivel de ingresos, entonces devenga al menos un salario mínimo mensual.



Ningún derecho o garantía procesal adquiere sentido si no se garantiza como principio que la persona procesada acceda efectivamente el escenario del proceso, o espacio judicial. Tampoco puede acentuarse los derechos de las víctimas hasta justificar tal nivel de desmedro de los derechos del procesado, porque así como pese a los daños causados su existencia no justifica el desconocimiento total o parcial de principios, tales como la presunción de inocencia, tampoco sus pretensiones y aspiraciones por lícitas que resulten, resultan suficientes para admitir colocar al procesado en un estado de impotencia tal que no pueda ejercer sus derechos por sí mismo, o disponer de los mismos cuando es ello posible.

No es por menos otra cosa que una falacia argumentativa adicional el justificar la ausencia procesal de las personas procesadas, so pretexto de garantizar el ejercicio de su propia defensa.

En efecto, la defensa técnica es una manifestación del derecho de defensa, que depende de este y no al contrario. Como cualquier otro derecho, el de defensa es una potestad constitucionalmente atribuida a una persona cualificada por su condición procesal, que como la mayor parte de derechos es renunciable así sea parcialmente. Ministrar los derechos es lo que comporta el ser titular de los mismos, y hacerlo por interpuesta persona supone un acto de disposición a instancia del titular.

En derecho privado se admiten opciones como la tutela y curatela dativas, las cuales se orientan a proteger los derechos de quienes por sus condiciones no pueden ejercerlos. Pero en estos casos el tutor o el curador actúan cual si los derechos que defiende le fuesen propios, y debe responder ante el juez, encargado de mantener su vigencia y garantizar su ejercicio en cabeza del tutor o curador. En cambio, obsérvese cómo respecto del procesamiento de ausentes, se asume como presupuesto una especie de concesión presunta hecha por parte del procesado,



conforme con la cual cede el ejercicio de su derecho de defensa, cercenándosele las opciones implicadas en las salidas alternas, y el aporte de medios de convicción, tales como su propia versión de los hechos. Es así como el abogado defensor de un ausente, que no podría ser sino un defensor público, ingresa al escenario judicial como una especie de garante de legalidad, que no puede hacer más que intentar controvertir la firmeza de los cargos que le eleva el fiscal. Situación que contradice el principio adversarial, pues aún en el ejercicio de las defensas pasivas, la defensa se erige como inquisidor tanto formal como material de la propuesta de juicio que el fiscal intenta erigir en verdad judicial.

La intervención del defensor de ausentes no es sino un ejercicio de derechos abstractos, pues como dijera Husserl de la conciencia, no existe en rigor un derecho de defensa sino más bien formas de actualizar dicha potestad mediante estrategias específicamente admitidas y ejercidas por su titular. Por forjar una comparación, diríamos que el derecho a la vida carece de contenido si no se admite que consiste en que una persona pueda vivir de una cierta forma: saneándose, contaminándose, mutilándose, transformándose, purificándose, fortaleciéndose o, en fin, como quiera hacerlo presente a su conciencia. Con el derecho de defensa es igual, pues ser su titular implica poderse defender de la forma como quiera actualizar ese derecho.

Facultar el procesamiento de ausentes justificándose y cohonestándose sobre la base de la presencia de un defensor técnico, es tanto como afirmar que se garantiza el derecho a la salud nada más que garantizando la existencia de médicos y de hospitales, y que es indiferente si las personas pueden o no acceder a ellos.

Así como tal forma de un derecho a la salud es irracional, no menos puede afirmarse del derecho a la defensa que se reconoce a un ausente del proceso, tanto más si ignora por completo que el Estado lo amenaza con el ejercicio de su potestad punitiva.



Por otra parte, la decisión coonestadora de la Corte Constitucional no se compadece con el programa constitucional de derecho penal colombiano, pero tampoco con los límites declarados al poder configurador del Estado en cuanto a su potestad punitiva, al menos, de frente a los límites considerados con autoridad por el legislador.

En efecto, en primer lugar, debe repararse en que toda disposición normativa tiene límites extensionales, sugiriéndose que entraña un ámbito de competencia dentro del cual caben algunas situaciones pero no otras. En segundo lugar, quien fija esos límites es el legislador, en tanto creador de la norma. En tercer lugar, como el legislador no expresó esos límites de extensibilidad de la institución de la persona ausente, conforme pudo verificarse en la exposición de motivos, entró a hacerlo la Corte Constitucional, de donde surge que sus premisas axiológicas son de obligatoria observancia para los operadores jurídicos.⁶³

Es importante, sin embargo, observar que conforme lo concluyó el Congreso de la República, el “eficientismo” de la Administración de Justicia no faculta el desmedro de derechos y garantías fundamentales. Según se lee en el Acta Plenaria 49 del 8 de junio de 2004. *Gaceta* No. 358 de 2004. Recobra el uso de la palabra el honorable Senador Héctor Helí Rojas:

“Senador Carlos Gaviria, hay algo trascendental en este proyecto que yo quería decir y ya voy a terminar, este proyecto se basa sobre criterios de imparcialidad más que sobre criterios de eficiencia, aquí el eficientismo está teniendo un duro golpe, porque no nos interesa que el juez sea, no nos interesa solamente que el juez sea eficiente, sino que nos compromete fundamentalmente que el juez sea imparcial, la imparcialidad se traduce Senador Carlos Gaviria, en unas normas que usted ayudó a aprobar en la Comisión Primera, aportando su inteligencia, aportando su conocimiento en la Magistratura y en la cátedra, usted nos ayudó



a redactar dos principios muy importantes, como fueron, el de la presunción de inocencia y el del *in dubio pro reo*, la gente va a tener más clara su presunción de inocencia, el juez va a tener que resolver las dudas en favor del procesado, y obviamente eso se va a equilibrar, dándole a la Fiscalía todo el poder de la Policía Judicial, para que recoja elementos, evidencias que después se puedan volver prueba, esos principios nos equilibran un procedimiento donde la acusación y la defensa van a estar bastante equilibrados, insisto, porque el uno tiene todo el poder de la investigación, pero el otro tiene toda la grandeza y la importancia del *in dubio pro reo* y de la presunción de inocencia. Señores Senadores voy a terminar diciendo que la modernidad de este Código, también se trasluce en algo que aprobamos todos nosotros en el año 2002. Nosotros defendemos el principio de legalidad, hay que investigar todos los delitos, hay que perseguir todos los delitos pero introducimos aquí un principio muy importante, que va a dar lugar algún debate que es el principio de la oportunidad, una oportunidad Senador Carlos Gaviria, que nos permite tener un sistema, que no es el sistema norteamericano que usted conoce, un sistema acusatorio puro hemos optado por algo más cercano a su profesión de liberal, de demócrata, de respetuoso de los derechos de los ciudadanos, un liberal de esos que ya poco quedan, hemos optado por el sistema europeo continental en gran medida y le hemos introducido algunas cosas muy propias de nuestra cultura jurídica, porque también la tenemos, nos enorgullecemos de ella, y diríamos que entonces tenemos un procedimiento mixto con tendencia acusatoria muy próximo a los sistemas italianos, especialmente el italiano y a los otros sistemas de continentales europeos.”

Desde esta perspectiva, se plantea la existencia de un total divorcio entre las bases deontológicas invocadas para mantener la cuestionable figura, y las prácticas judiciales operadas en el espacio judicial colombiano, concretado al penal. En efecto, nada



puede justificar el procesamiento de personas ausentes sino el sostenimiento estadístico o de justicia formal, administrada por la rama judicial, en el contexto de legitimación por supuesto satisfacción del servicio público (acaso sea mejor afirma *bien público*) de la administración de justicia. Es así que si se suprimen de las estadísticas las sentencias procuradas en procesos en ausencia del procesado, la auténtica condición de la justicia develaría una crítica impotencia del Estado para ejecutar un criterio inquestionable de justicia material.

Desde luego que procesar personas ausentes es funcional en términos de producción de sentencias, pero absolutamente disfuncional, en términos de justicia material. Pero aún así, ello es opuesto al criterio que supuestamente sustenta la aprobación de la Ley 906 de 2004, pues como lo dijo el Congreso, el eficientismo no puede masacrar los derechos y garantías procesales, porque termina convirtiéndose en una falsa justicia.

Pese a todo, es el eficientismo lo que condujo a la Corte Constitucional a tomar la argucia argumentativa que creó para poder sostener el procesamiento de personas ausentes. Y no puede menos que apreciarse la contradicción aguda del Congreso cuando pese a rechazar las ideas hegemónicas que convoca lo que llamó eficientismo, aprobó un código supuestamente acusatorio y adversarial con procesamiento de personas ausentes.

Estas ambivalencias presajaron lo que acontece en la actualidad: el déficit crítico de criterios regulares en cuanto a la concepción político-criminal del proceso penal, incursiones precipitadas de jurisprudencia que contradice la letra de la ley, y al cabo, la nugatoriedad de los principios en que se construyó el nuevo esquema de procesamiento penal.



Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo Defensoría del Pueblo

Bibliografía

Bibliografía

(En cita y de consulta general)

Amnistía Internacional. (2000) *Juicios Justos*. Manual.

Arias Duque, Juan Carlos (2006) *El Sistema Acusatorio Colombiano*. Análisis desde su implementación. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Bastida, Xacobe. (2000) *El Derecho como Creencia*. Una concepción de la filosofía del derecho. Universidad Externado de Colombia.

Bourdieu, Pierre (2003) *Cuestiones de Sociología*. Editorial Istmo XX.

_____. (1993) *Espacio Social y Poder Simbólico*. Editorial Gedisa.

Bourdieu, Pierre-Teubner, Guntz. (2000) *La Fuerza del Derecho*. Ediciones Uniandes.

Carnelutti, Francesco (1971) *Derecho Procesal Civil y Penal*. II Derecho Procesal Penal. Ediciones Jurídicas Europa-América.

_____. (1959) *Las Miserias del Proceso Penal*. Ediciones Jurídicas Europa-América.

Cuello Oñate, Norkis María, Mendoza Rincón, Jaime Alberto y Camello, Ólmer. (1998) Debido Proceso Frente al Sujeto Vinculado a la Actuación Penal Mediante Declaratoria de Persona Ausente a partir del Decreto 2700/91 C.C.P. Vigente en los Juzgados Penales de Valledupar, Cesar. 1996-1997. Universidad de Medellín. Especialización en Derecho Penal y Criminología.



Defensoría del Pueblo (2002) *Diagnóstico Sobre el Programa Penal Ordinario de la Defensoría Pública*. Lineamientos para su reorientación. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo.

Defensoría del Pueblo (2004) *Investigación Defensa de Oficio*. Defensoría del Pueblo.

Espitia Garzón, Fabio (2006) *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Sexta Edición. Editorial Gustavo Ibáñez.

Foucault, Michel (2003) *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Gedisa.

Gaceta del Congreso (Cámara y Senado) (2004) Imprenta Nacional.

García del Corral, Ildfonso (1998) *Corpus Iuris Civilis*. Lex Nova.

Geertz, Clifford (1989) *La Interpretación de las Culturas*. Gedisa, Barcelona.

Granados Peña, Jaime Enrique y Otros (2003) *Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal*. Legis.

Lindahl, Elliot Hans (1990) *Iuris Dictio*. Pontificia Universidad Javeriana.

_____. (1984) *La Intencionalidad Jurídica*. Universitas Philosophica, número 3. Pontificia Universidad Javeriana.

Luhmann, Niklas (1997) *Organización y Decisión, Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo*. Universidad Iberoamericana.

Maier Julio B. J., *Derecho Procesal Penal* (2003) Tomo II Parte General, *Sujetos Procesales*. Editores del Puerto s.r.l.

Mommsen, Teodoro (1998) *Derecho Penal Romano*. Temis S.A.

Montero Aroca, Juan (1997) *Principios del Proceso Penal*, Una explicación basada en la razón. Tirant lo Blanch.

_____. (1990) *Independencia y Responsabilidad del Juez*. Editorial Civitas S.A.



Moya Vargas, Manuel Fernando (2010) *La Investigación del Derecho Penal en Colombia*. Ponencia Red. Sociojurídica. Encuentro Bogotá 2010.

_____. (2007) *Los Fallos Penales por Inasistencia Alimentaria*. Un desfase entre la ley y la práctica judicial. Universidad Santo Tomás de Aquino.

_____. (2003) *Confines Internacionales de la Jurisdicción Penal*. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI 07).

_____. (2002) *Relaciones Judiciales en Materia Penal con Autoridades Extranjeras*. Editorial Gustavo Ibáñez.

Ramírez Bastidas, Yesid y De Ramírez, Raquel (2003). *Principalística Procesal Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Osorio Isaza, Luis Camilo y Morales Marín Gustavo (2005) *Proceso Penal Acusatorio, Ensayos y Actas*. Editorial Gustavo Ibáñez.

Radbruch, Gustav (1952) *Filosofía del Derecho*. Madrid, Revista de Derecho Privado.

Raz, Joseph (1985) *La Autoridad del Derecho, Ensayos sobre derecho y moral*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Rawls, John. La Justicia como Equidad (2002) *Una reformulación*. Paidós.

Roxin Claus (2002) *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto s.r.l.

Saavedra Rojas, Édgar (1995) *Constitución Derechos Humanos y Proceso Penal*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Searle, John R. (1992) *Intencionalidad: Un ensayo en la filosofía de la mente*. Tecnos.

_____. (1994) *Actos de Habla*. Ediciones Cátedra.

_____. (1996) *El Redescubrimiento de la Mente*. (Crítica) Grijalbo Mondador.



_____. (1997) *La Construcción de la Realidad Social*. Editorial Paidós.

_____. (2000) *Razones para Actuar*. Una teoría del libre del albedrío. Ediciones Nobel.

_____. (2001) *Mentes, Cerebros y Ciencia*. Ediciones Cátedra.

Shütz, Alfred (1962) *El Problema de la Realidad Social*. Amorrortu Editores.

_____. (1972) *Fenomenología del Mundo Social*. Introducción a la Sociología Comprensiva. Paidós.

Silva García Germán (2004) *Exploración Sociojurídica sobre el Delito de Inasistencia Alimentaria*. En, *Teoría e Investigación en Sociología Jurídica*. Coordinador Gonzalo Cataño. Universidad Externado de Colombia.

_____. (2001) *El Mundo Real de los Abogados y de la Justicia*. V.I. La profesión jurídica. V.II. Las prácticas jurídicas. V.III. La administración de justicia. V.IV. Las ideologías profesionales. Universidad Externado de Colombia.

Weber, Max (1992) *Economía y Sociedad*. Esbozo de sociología comprensiva. Fondo de Cultura Económica.