

## **Redefinición de los objetivos, la naturaleza e instrumentos del sistema de justicia penal bajo el paradigma de la seguridad<sup>1</sup>.**

**Prof. Dr. John Vervaele<sup>2</sup>**

### **1. Internacionalización/globalización/integración y justicia penal en la sociedad de información post-industrial.**

Por cierto, la internacionalización de la justicia penal no es nueva cuando definimos la internacionalización como un proceso de creciente colaboración entre estados y que sitúa a los estados bajo el consejo/control de organizaciones internacionales. Las convenciones de derecho internacional público que recomiendan que las normas de derecho penal sustantivo sean vinculantes existen desde hace un siglo, aunque su número e impacto ha aumentado bastante. Lo nuevo, en mi opinión, tiene dos aspectos. Primero, en el campo de la justicia penal, las organizaciones internacionales tales como la ONU, el Consejo Europeo, la OCED, el GAFI, etc., están supervisando el proceso de cumplimiento de las obligaciones internacionales, principalmente a través de mecanismos de evaluación. Los resultados, recomendaciones, son muy detallados y políticamente vinculantes. Son una forma de *soft law* (derecho blando) que se convierte a través del monitoreo político en vinculante. Podemos encontrar claros ejemplos de ello en el campo del lavado de activos, corrupción y terrorismo. Segundo, las organizaciones internacionales, tales como la ONU/Consejo Europeo o los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, les están imponiendo a los Estados Parte obligaciones internacionales en asuntos penales sin ninguna fuente tradicional específica y eludiendo, de esta forma, el proceso de firma y ratificación de los convenios internacionales. Tras los sucesos del 11/9, el Consejo de Seguridad hizo vinculante el "acquis" convencional de la ONU en asuntos de terrorismo, independientemente de la firma o ratificación de los Estados Parte. Los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos se están inclinando por la prescripción de los delitos, basados solamente en el derecho consuetudinario y el *ius cogens*, cuando se trata de serias violaciones a derechos humanos y, además, les están imponiendo a los estados deberes más amplios para la protección de los derechos humanos, incluyendo deberes obligatorios de investigar, procesar y castigar delitos.

La globalización de la sociedad es mucho más reciente que el proceso de internacionalización. Desde 1970 hay un incremento significativo de estandarización y unificación de procesos sociales (económicos, culturales, etc.) por los cuales se convirtieron en globales. El resultado es la idea de una ciudad global<sup>3</sup>. La sociedad globalizada está basada en un incremento mundial de la movilidad de personas, bienes, servicios y capital. La globalización de la justicia penal es poco común. Sin embargo, el desarrollo del derecho penal internacional y el establecimiento de tribunales penales internacionales, en especial la *Corte Penal Internacional (CPI)*, es un muy buen ejemplo de cómo manejarse con estándares globalizados e instituciones para la prosecución de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y, de hecho, también para manejarse con justicia y paz en situaciones de justicia transnacional.

La integración es un fenómeno posterior a la Segunda Guerra Mundial, por el que las políticas de los Estados Miembro se combinaron para formar un todo (en Latín *integer* significa todo o entero), en otras palabras, la integración regional se propone políticas comunes en un área común. Este proceso de integración es regional y va de la mano del establecimiento de instituciones regionales supranacionales, dando lugar al derecho de la integración y proporcionando una Corte de Justicia supranacional para la adjudicación en asuntos de integración. El proceso de integración bajo las Comunidades Europeas y, desde el Tratado de Maastricht bajo la Unión Europea, es un claro ejemplo. La Unión Europea

---

<sup>1</sup> La versión en español fue publicado en la Revista Derecho Penal y Criminología, no 1, 2011, 312-322.

<sup>2</sup> Profesor en derecho penal y procesal penal en la Facultad de Derecho/ Willem Pompe Instituut, Universidad de Utrecht.

<sup>3</sup> S. Sassen, *The global city* [La ciudad global]: Nueva York, Londres, Tokyo, Princeton University Press, 2a edición actualizada, 2001.

tiene como objetivo la realización de un espacio judicial común. La integración de temas de justicia, incluyendo temas de justicia penal, es bastante excepcional fuera de Europa<sup>4</sup>.

En nuestras sociedades, estos procesos de internacionalización, globalización e integración se combinaron, en las últimas décadas, con la transformación de nuestras sociedades en sociedades de información post-industrial. La e-sociedad o sociedad online ha reestructurado completamente el comportamiento social y la estructura de la sociedad. No existe un solo concepto de sociedad de información. Los científicos se esfuerzan por encontrar definiciones y valores del concepto, concentrándose en patrones económicos, técnicos, sociológicos y culturales. A menudo, la sociedad post moderna es caracterizada como una "sociedad de información", por la amplia disponibilidad y uso de la Tecnología de la Información y la Comunicación (TIC). Sin duda, la definición más común de sociedad de información hace hincapié en la innovación tecnológica. El proceso, almacenamiento y transmisión de la información ha dado lugar a la aplicación de la tecnología de la información y la comunicación (TIC) y la biotecnología y nanotecnología relacionadas, prácticamente en todos los rincones del mundo. La sociedad de información es una sociedad post-industrial en la que la información y el conocimiento son recursos clave y juegan un papel fundamental<sup>5</sup>.

Pero, las sociedades de información no son definidas solamente por la implementación de infraestructura tecnológica, sino más bien como fenómenos multidimensionales. Cualquier sociedad de información es una web compleja no solo de infraestructura tecnológica, sino también una estructura económica, un patrón de relaciones sociales, patrones de organización y otras facetas de organización social. Por lo tanto, es importante no centrarse sólo en la parte tecnológica, sino también en los atributos sociales de la sociedad de información, incluyendo el impacto social de la revolución de la información sobre las organizaciones sociales, incluso en el sistema de justicia penal.

Por otra parte, la era post moderna de tecnología de la información transforma el contenido, la accesibilidad y la utilización de la información y el conocimiento en las organizaciones sociales, incluyendo el sistema de justicia penal. La relación entre el conocimiento y el orden ha cambiado fundamentalmente. La transformación de las comunicaciones en tecnología de fabricación de información instantánea ha cambiado el modo en que la sociedad valora el conocimiento. En una era en constante cambio, la estructura tradicional de autoridad está siendo socavada y reemplazada por un método alternativo de control social. La urgencia de un nuevo paradigma tecnológico basado en la TIC ha dado lugar a una sociedad en red<sup>6</sup>, en la que las estructuras sociales claves y las actividades están organizadas alrededor de redes de información procesadas electrónicamente. Hay una transformación aún más profunda de las instituciones políticas en la sociedad en red: el surgimiento de una nueva forma de Estado (Estado en red) que gradualmente reemplaza a las naciones-estado de la era industrial. En esta era tan cambiante, la estructura de la autoridad tradicional está siendo socavada y reemplazada por un método alternativo de control social (sociedad de vigilancia). La transición de una nación-estado a una nación en red es un proceso político y de organización, motivado por la transformación de la administración política, representación y dominación de las condiciones de la sociedad en red. Todas estas transformaciones requieren la difusión de redes interactivas y multifacéticas como la forma de organización del sector público. La información y el conocimiento son los recursos claves de la sociedad de información, afectando la estructura social y política de la sociedad y el Estado y la función, estructura y contenido del sistema de justicia penal.

## **2. Transformación del sistema de justicia penal.**

---

<sup>4</sup> J.A.E. Vervaele, ¿Mercosur: del derecho internacional al derecho de integración?: El Mercosur y la integración regional en Sudamérica, en: J.A.E.Vervaele, El Derecho Penal Europeo, Del Puerto, Buenos Aires, 2010, capítulo IV..

<sup>5</sup> [Daniel Bell](#), The Coming of Post-Industrial Society [*La Llegada de la Sociedad Post-Industrial*]. Nueva York: Basic Books [*Libros Básicos*], 1976

<sup>6</sup> [Manuel Castells](#), The Rise of the Network Society. The Information Age: Economy, Society and Culture [*El Surgimiento de la Sociedad en Red. La era de la Información: Economía, Sociedad y Cultura*]. Volumen 1. Malden: Blackwell. Segunda Edición, 2000

¿Qué significa todo esto para el sistema de justicia penal nacional? Es evidente que el sistema de justicia penal nacional no ha sido reemplazado por uno global en la ciudad global. La globalización social no conduce automáticamente a una globalización legal o globalización de la justicia penal y ni siquiera a la globalización de la autoridad política con respecto a la justicia penal. El nacimiento de tribunales de derecho penal internacional es la excepción y es el resultado de un proceso que viene desarrollándose desde hace un siglo. Aún en etapa de implementación, este nuevo sistema de justicia todavía está creando sus propios conceptos de derecho penal y proceso penal<sup>7</sup>. Sin embargo, el proceso de internacionalización y globalización, tanto sin conexión como en línea (*offline & online*), afecta sustancialmente al sistema de justicia penal nacional. El sistema de justicia penal nacional se enfrenta a cambios sociales por medio de los cuales los agresores están cometiendo delitos y por los que el delito, los agresores mismos y las pruebas, etc., no siempre están vinculados con el territorio de la Nación-Estado. Por la creciente movilidad de personas, bienes, servicios y capital, el sistema de justicia penal nacional tiene que proteger nuevos intereses jurídicos (*Rechtsgüter*), principalmente con un carácter transnacional (por ejemplo, protección contra expresiones de odio y xenofobia, protección contra pornografía infantil o protección contra fraudes en valores o contra robos de pruebas documentales o digitales de identidad). El sistema de justicia penal nacional está internacionalizando en un proceso de internacionalización descendente y ascendente. Las organizaciones regionales e internacionales le están imponiendo a los sistemas de justicia penal nacional nuevas obligaciones sustanciales y procesales, pero los sistemas de justicia penal nacional también están incrementando su dimensión internacional para hacer frente a la criminalidad en una sociedad globalizada. Esto significa que el sistema de justicia penal nacional es tanto para el usuario como para el proveedor de este proceso.

Sin embargo, esta renovación no se limita a alguna actualización de delitos basada en nuevos o renovados intereses jurídicos a proteger o limitada a un incremento en la asistencia jurídica recíproca. De hecho, el razonamiento clásico para el uso de la justicia penal (comenzando con la penalización primaria por la definición de delitos), basado en el *ultimum remedium* y condiciones estrictas de conducta dañosa que violan intereses jurídicamente protegidos, conceptos derivados de la filosofía Kantiana y de la época de la Ilustración, ha sido reemplazado, en las últimas décadas, por un concepto de política penal globalizado, traducido en paradigmas de política penal: combate/guerra contra las drogas, combate/guerra contra el crimen organizado, combate/guerra contra el terrorismo. Los llamo paradigmas porque funcionan como marco de referencia para la percepción de la realidad y, por lo tanto, para la definición de construcciones sociales como delito, peligro, riesgo e inseguridad. Estos paradigmas de política penal han sido utilizados tanto a nivel nacional como internacional para justificar cambios esenciales en la relación entre estado-sociedad y justicia penal y en el sistema penal mismo.

La justicia penal moderna, con sus raíces en la Ilustración, proporciona un sistema integrado, ofreciendo tanto *protección* a los individuos (no solo a los sospechosos) (la dimensión del escudo) como *instrumentos* para la comunidad encargada de aplicar la ley, compuesta por la policía, la Fiscalía y el poder judicial (la dimensión de la espada), y previendo *controles y equilibrios/triás política* (la dimensión constitucional). Como se mencionó, tres paradigmas, el combate/guerra contra las drogas, el combate/guerra contra el crimen organizado y el combate/guerra del terrorismo, azotaron como un maremoto al sistema de justicia penal. Las tres dimensiones del sistema de justicia penal han sido afectadas por esas tres olas. Estos paradigmas han transformado totalmente nuestros sistemas de justicia penal, afectando al derecho penal general, al derecho penal especial, al proceso penal y al derecho penal internacional<sup>8</sup>. En 1999, la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP-IAPL) presentó un excelente análisis bajo el título "*The Criminal Justice Systems Facing the Challenges of Organized Crime*" [*Los Sistemas de Justicia Penal Enfrentan los Desafíos del Crimen Organizado*]<sup>9</sup>. No hay duda de que los cambios sustanciales y de largo alcance se han producido, también, durante la última década. El nuevo paradigma de securismo y la política antiterrorista han llevado a una

---

<sup>7</sup> Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2005.

<sup>8</sup> E.R. Zaffaroni, globalización y crimen organizado, [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina\\_penal/globalizacion\\_crimen\\_organiza\\_do.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organiza_do.pdf)

<sup>9</sup> Ver los Informes de Thomas Weigend, Christopher Blakesley, Jean Pradel y Christine van den Wyngaert en *International Review of Penal Law [Revista Internacional de Derecho Penal]*, 1996, 527-638.

transformación que va más allá del campo de los delitos de terrorismo. La presión internacional para un enfoque común de la investigación, enjuiciamiento y condena del terrorismo, ha sido muy fuerte. Tanto la ONU como el Consejo Europeo han elaborado una serie impresionante de Convenciones internacionales y regionales sobre Crimen Organizado y Antiterrorismo. Después del 11/9, la ONU lideró el camino con las resoluciones del Consejo de Seguridad y el establecimiento de un Comité Antiterrorista que supervisa la implementación de las resoluciones, incluyendo el "acquis" I de las convenciones.<sup>10</sup> La tercer ola de reformas, basada en la lucha contra el terrorismo, es anterior a los sucesos del 11/9 y los de Madrid y Londres, etc., pero, sin duda, se ha intensificado con estos ataques terroristas<sup>11</sup>.

Aunque ha habido un cambio sustancial de paradigma (de drogas a crimen organizado y terrorismo), los tres paradigmas han transformado, en un enfoque de securismo común y acumulativo, los objetivos, la naturaleza y los instrumentos del sistema de justicia penal. El objetivo de la justicia penal ha cambiado del castigo a los autores culpables de haber cometido delitos (con fines de prevención general y especial, incluyendo rehabilitación) a un campo más amplio de control social del peligro y el riesgo. Basado en estos paradigmas, el derecho penal general y el especial se han ampliado para incluir los actos preparatorios y la incriminación de las organizaciones criminales y de las organizaciones terroristas (o las variantes de conspiración de los mismos). El resultado es que, la comisión de omisión de conducta criminal por un sospechoso no es más el umbral desencadenante del *ius puniendi* del Estado. El tratamiento del crimen organizado o del terrorismo mediante la creación de organizaciones (con una definición muy nebulosa) es suficiente para la penalización. La penalización de la apología del terrorismo u otras apologías (xenofobia) va en la misma dirección. Incluyen la penalización del pensamiento de una persona (y, muchas veces, la libertad de expresión), no la penalización de un acto criminal basado en la conducta. Al redefinir el objetivo de la justicia penal, se ha convertido, también, su naturaleza. Cuanto más alto es el riesgo o el peligro, que está basado en una construcción social y, desde luego, no en hechos empíricos, más bajo es el umbral para el uso del *ius puniendi*, lo que significa que el derecho penal se convierte en puro poder punitivo, en un derecho de la seguridad. El derecho de la seguridad, no se basa, en una definición jurídica de sospechoso y conducta criminal, vinculada a daños graves al interés jurídico, sino en una definición preestablecida de un enemigo<sup>12</sup> que está asociada con el riesgo, el peligro y la inseguridad. El enfoque de la seguridad en el derecho penal ha llevado a una expansión del derecho penal sustantivo (parte general y parte especial) más allá de las fronteras y límites tradicionales definidos por en la época de la Ilustración. Esto plantea el interrogante de si la armonización o prescripción de los delitos bajo el derecho regional e internacional europeo o en el marco del derecho Internacional público no tendrían que combinarse con la armonización o prescripción de las obligaciones de derecho penal general, tanto en el sentido de definir el impacto exacto de la armonización y la prescripción como también para evitar que la internacionalización descendiente y regionalización que terminara en una atrofia del punitivismo o en una inflación penal. Si la Comunidad Internacional y la Comunidad Europea están actuando como legisladores, ¿qué conceptos de *nulla poena sine culpa* y de responsabilidad penal están usando?

La transformación del sistema de justicia penal, especialmente la introducción de medidas especiales en el ámbito de la lucha contra el terrorismo (tercera ola)<sup>13</sup>, ha tenido consecuencias para:

---

<sup>10</sup> Entre a <http://www.un.org/sc/ctc/countryreports/reportA.shtml> para ver la totalidad de los informes nacionales.

<sup>11</sup> J.A.E. Vervaele, *La Legislación antiterrorista en Estados Unidos. Inter arma silent leges?* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, 103 p.

<sup>12</sup> Günther Jakobs: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*. In: HRRS 3/2004, S. 88-95, traducción castellana en Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003. Para una lectura crítica, ver E.R.Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, editorial Ediar, Buenos Aires, 2006.

<sup>13</sup> *Assessing Damage, Urging Action*. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights, International Commission of Jurists (ICJ) [*Evaluar los Daños, Iniciar Acciones. Informe del Panel de Juristas Eminentes sobre Antiterrorismo y Derechos Humanos, Comisión Internacional de Juristas (ICJ)*], febrero 2009.

- el tipo de **actores / autoridades**;
- sus **competencias y técnicas** de investigación (incluidas las digitales) – la **espada**;
- las garantías constitucionales y los derechos humanos que deben respetarse – el **escudo**;
- la **arquitectura** (pesos y contrapesos, división de poderes [*trias política*], **dimensión constitucional**);

·  
- **Redefinición de los actores (autoridades)**

Tradicionalmente la investigación penal está dirigida por las autoridades judiciales y las medidas coactivas son autorizadas y/o ejecutadas por miembros del poder judicial (jueces de instrucción o de cuestiones preliminares o jueces sentenciadores). En muchos países informantes se puede observar un cambio en esta tradición, pues la investigación judicial pasa del poder judicial a la investigación por parte de la fiscalía y la policía. Se puede hablar claramente de una reorganización en el seno de las autoridades de investigación judicial. Los magistrados están cada vez menos implicados en la investigación judicial como tal, hay un claro cambio hacia la rama ejecutiva o semi-ejecutiva del poder del Estado.

En segundo lugar, no sólo existe un cambio en los actores clásicos, sino que en el ámbito de la lucha contra la delincuencia grave juegan un papel creciente nuevos jugadores, las agencias administrativas encargadas de hacer cumplir la ley. Ganando terreno en el sistema de justicia penal están también los Servicios de Inteligencia, tanto las unidades de policía especializadas que se ocupan de la inteligencia de la policía, como las agencias de seguridad. Su responsabilidad es la de servir como precursores de las investigaciones policiales y orientadas por datos de inteligencia, y, en algunos países informantes, han obtenido incluso competencias coactivas y/o judiciales. Las autoridades de investigación judicial se han convertido en agencias de inteligencia y han cambiado su cultura y su comportamiento.

En tercer lugar, muchos países han aumentado el uso de los proveedores de servicios privados (telecomunicaciones, agentes económicos, proveedores de servicios financieros) y de profesiones con derecho al secreto profesional (abogados, periodistas, etc.) como guardabarreras (*gatekeepers*) para la colecta de información. Ya no son seguros los privilegios derivados del secreto profesional de los periodistas y de los abogados.

- **La redefinición de sus competencias y sus técnicas (la espada)**

En primer lugar, en la mayoría de los países los paradigmas del tráfico de drogas, la delincuencia organizada y el terrorismo no sólo se utilizan para redefinir instrumentos de investigación y coactivos, sino también para introducir nuevas técnicas especiales de investigación, tales como las escuchas telefónicas, la infiltración o la vigilancia, que sólo pueden aplicarse a los delitos graves. El resultado es un conjunto de medidas coactivas con un doble uso (para delitos graves y menos graves) y un conjunto de medidas coactivas con un solo uso para determinados delitos graves.

En segundo lugar, en muchos países las clásicas medidas relativas al aseguramiento de pruebas y el comiso de instrumentos o productos peligrosos en relación con la delincuencia se han convertido en un ámbito autónomo de medidas de seguridad relativas a los bienes y a las personas (embargo y decomiso, órdenes de detención, órdenes de seguridad, etc.). Ligado a esto, las investigaciones sobre los flujos financieros del tráfico de drogas, la delincuencia organizada (financiación, blanqueo de dinero) y el terrorismo (financiación) han pasado de ser una investigación clásica dirigida a recopilar pruebas, a convertirse en una forma autónoma de investigación financiera para lograr el embargo y el decomiso ampliado del producto del delito (recuperación de activos) y/o en vigilancia financiera autónoma e investigaciones financieras sobre la financiación de delitos graves.

En tercer lugar, están cambiando los mecanismos desencadenantes (*triggering mechanism*) o los umbrales mínimos para la utilización de medidas coactivas dirigidos a luchar contra los delitos graves. La investigación penal ya no se inicia cuando existe una sospecha razonable de que se ha realizado o intentado realizar un delito, o una sospecha razonable de que se ha cometido o intentado realizar un acto preparatorio para cometer un delito grave. Las técnicas de investigación y las medidas coactivas también se utilizan de

forma proactiva para investigar, *antidelictum*, la existencia y el comportamiento de personas y organizaciones potencialmente peligrosas a fin de prevenir delitos graves. Podemos calificar esto como el derecho penal sin sospechas.

Esta investigación penal proactiva incluye la situación en la que no existen aún indicios de una sospecha razonable de que un delito ha sido cometido, está a punto de cometerse o que se han realizado determinados actos preparatorios en los que, por supuesto, no puede haber ningún sospechoso(s), jurídicamente hablando. El objetivo de las investigaciones proactivas es revelar los aspectos organizativos para prevenir la preparación o comisión de un delito grave y para permitir la apertura de una investigación penal contra la organización y/o sus miembros. Este uso de medidas coercitivas para prevenir el delito puede ser realizado por agencias de inteligencia, autoridades policiales o autoridades judiciales. Al hacerlo, pertenecen a la Comunidad de Inteligencia, aún si son normalmente autoridades que pertenecen a la Comunidad de Aplicación de la Ley. En ese lapso de tiempo, podrían recopilar información y utilizar ciertas medidas coercitivas de proceso penal para prevenir la preparación o comisión del delito. En esta área del derecho penal sin sospechosos vemos una nueva combinación entre el cumplimiento proactivo o anticipado y la investigación coercitiva (*Vorbeugende Verbrechensbekämpfung, Vorfeldaufklärung and Vorermittlung*). La conversión de un castigo reactivo del delito en una prevención proactiva del delito tiene consecuencias de largo alcance. La distinción entre la investigación policial y la investigación judicial está bajo presión. El cumplimiento proactivo coercitivo deviene importante cuando se trata de delitos graves. La Comunidad de Inteligencia se convierte en el principal actor en el campo de la aplicación de la ley. El derecho penal preventivo no se trata de sospechosos y sospecha, sino de recopilar información (información e investigación de inteligencia penal) y procesos de exclusión contra personas potencialmente peligrosas. El sistema de justicia penal se utiliza cada vez más como un instrumento para regular el presente y el futuro y no para castigar comportamientos en el pasado, y el proceso penal se está convirtiendo en un proceso en el que la investigación anterior al juicio no es acerca de encontrar la verdad con relación al delito cometido, sino acerca de la construcción y deconstrucción de la peligrosidad social.

En cuarto lugar, la espada de la justicia penal ha cambiado sustancialmente en todos los países mediante el uso de la investigación digital (investigaciones penales online, control del flujo de datos, procesamiento de datos) y el empleo de tecnologías avanzadas en las investigaciones judiciales (vigilancia electrónica, dispositivos de detección, etc.). La investigación dirigida a obtener información sustituye a las simples sospechas. La ampliación de la investigación judicial a una investigación proactiva y la creciente superposición entre la comunidad de aplicación de la ley y la comunidad de inteligencia ha aumentado aún más por los desarrollos tecnológicos en dispositivos de investigación: la espada de la tecnología con ojos de mayor alcance y con bordes más filosos. Gracias a las nuevas tecnologías, los métodos de vigilancia para las comunicaciones, la vigilancia física de las personas y sus movimientos y actividades y para la vigilancia transnacional (de sus servicios) han cambiado drásticamente. La tecnología ha cambiado completamente no solo el comportamiento de los ciudadanos, sino también el uso de las intervenciones de comunicaciones telefónicas, vigilancia por video, dispositivos de seguimiento, dispositivos de detección y dispositivos transparentes, minería de datos, búsquedas digitales remotas, caballos de Troya, etc., el entorno de la aplicación y el cumplimiento proactivo.

– **Redefinición de las garantías y dimensión constitucional y de derechos humanos (el escudo)**

En muchos países el legislador considera algunas garantías procesales como una carga para la eficacia de la prevención de la delincuencia grave, y de la investigación y persecución de delitos graves. En primer lugar, se somete el uso de los instrumentos existentes, tales como el registro y la incautación y la detención por la policía, a parámetros distintos para los delitos graves que para los delitos menos graves. Además, la aprobación o autorización judicial (en forma de órdenes) se debilita o se suprime para algunas de las medidas coactivas (medidas coactivas sin orden). Se dificulta el papel de la defensa y del juez de garantías. Esto significa en la práctica que la policía y los fiscales tienen una mayor autonomía y un menor control por parte del poder judicial en relación con su labor de investigación. Podríamos hablar de un doble uso de las medidas coactivas

existentes: uno con menos garantías y otro con más garantías. En términos generales, podemos decir que la gravedad de los delitos en función de los paradigmas apuntados justifica el aumento de la espada y la reducción del escudo. En el caso de los delitos graves, en muchos países informantes ha cambiado la relación entre la intromisión de las medidas y el control judicial: cuanto más invasivo, menos control judicial y menos garantías procesales.

En segundo lugar, mediante la reducción de los umbrales (de sospecha razonable o serios indicios a simples indicios, inversión de la carga de la prueba, presunciones legales de culpabilidad) para iniciar la investigación penal y para la imposición de medidas coactivas, la presunción de inocencia se ve menoscabada y sustituida por medidas de seguridad objetivas. Los escudos que protegen a los ciudadanos contra el *ius puniendi* del Estado se ponen en la parte de atrás del escenario en el teatro de la justicia penal. Esto tiene, por supuesto, consecuencias directas para los derechos de *habeas corpus*, *habeas data*, juicio justo, la redefinición de las reglas de la prueba, el carácter público de los procesos, etc.

En tercer lugar, en muchos países existe asimismo la necesidad de garantizar el funcionamiento del sistema de justicia penal y de sus actores. La protección de los testigos también se ha convertido en la protección de los testigos anónimos, incluidos los de las autoridades policiales y de las agencias de inteligencia involucradas en la infiltración. El sistema de justicia penal protege cada vez más de la defensa a sus agentes mediante procedimientos *ex parte* y formas de recopilación de pruebas secretas, así como recurriendo al uso de pruebas secretas en la fase previa al juicio y durante el mismo.

En cuarto lugar, varios países han modificado el mandato y las facultades de sus fuerzas de inteligencia. Actualmente, sus competencias de investigación incluyen poderes coercitivos, paralelos a los del Código de Procedimiento Penal, y sus objetivos también incluyen la prevención de delitos graves, ya que son una amenaza a la seguridad nacional. En algunos países se necesita la autorización para utilizar estos poderes por un fiscal o por la rama ejecutiva del gobierno. La comunidad de inteligencia está usando, de facto, poderes coercitivos sin ser una autoridad judicial y sin las garantías de alguna forma de orden judicial y/o supervisión judicial. Podemos ver una superposición de competencias entre las agencias de inteligencia y las autoridades policiales actuando como comunidad de inteligencia en la investigación preliminar proactiva o anticipada.

En quinto lugar, vemos un aumento en el uso de la información de inteligencia en el sistema de justicia penal. Mientras sea utilizada como información de dirección o para compartir datos o como información detonante para la apertura de una investigación judicial, no afecta o infecta el sistema de justicia penal. Sin embargo, cuando la investigación judicial es utilizada como información detonante, como causa probable para el uso de medidas coercitivas o como prueba en procesos penales<sup>14</sup>, infecta las reglas clásicas del juicio justo e igualdad procesal ya que la mayoría de este tipo de inteligencia puede ser usada solamente en procesos secretos *in camera* and *ex parte* [a puertas cerradas y sin presencia del acusado o su abogado ] y protegidos. Este es el caso, incluso en la justicia penal internacional.

Es decir que, todas estas transformaciones afectan la posición del abogado defensor en el proceso penal. Su privilegio legal está bajo presión. En determinados países, cuando se trata de manejar pruebas secretas en casos de crimen organizado y terrorismo, el abogado defensor no tiene pleno acceso al archivo (divulgación limitada) o solamente un abogado matriculado que ha pasado por control de seguridad puede actuar en representación del sospechoso. Se están redefiniendo el rol del abogado defensor y sus deberes y responsabilidades.

---

<sup>14</sup> J.A.E. Vervaele, Terrorismo y intercambio de información entre los servicios de inteligencia y las autoridades de investigación judicial en los Estados Unidos y en los Países Bajos: derecho penal de emergencia? En M. Oliveros Alonso, Libro en Homenaje al maestro Alvaro Bunster, Mexico, Ubijus, 2010, 319-360.

– **Consecuencias para la arquitectura (pesos y contrapesos, separación o división de poderes [*trias política*], dimensión constitucional)**

Las reformas han dado como resultado una clara expansión del poder punitivo del Estado por lo tanto no favorecen al Estado de Derecho. El hecho de centrarse en la seguridad pública y en la investigación preventiva coactiva está claramente socavando el sistema de justicia penal y su equilibrio entre la espada y el escudo. Se están expandiendo formas administrativas y preventivas de justicia punitiva. El resultado es también que el equilibrio entre los poderes del Estado (*trias política*) está sometido a una gran presión en favor del ejecutivo.

En la mayoría de los países europeos las transformaciones han llevado a dividir, dentro del sistema de justicia penal ordinario, entre un régimen de procedimiento penal para delitos graves o legislación especial que reemplaza partes esenciales del sistema de justicia penal y uno para delitos “menores”. De hecho, el proceso penal no se organiza más en consonancia con la parte general del derecho penal, sino de acuerdo con el doble uso en la parte especial del derecho penal. Las características excepcionales del crimen organizado y el terrorismo cambiaron de la excepción al proceso principal y común para delitos graves, por lo que podemos hablar de la normalización de la excepción.

**3. Estándares constitucionales y Derechos Humanos: ¿buscando el equilibrio perfecto entre justicia y seguridad?**

Los tres paradigmas de política penal, basados en un enfoque de seguridad, no solo se han transformado en neo-punitivismo sino también en cambios en los sistemas de justicia penal que socavan los conceptos básicos del *ius puniendi* bajo el Estado de Derecho.

Aunque las reformas de la justicia penal han desviado los sistemas de justicia penal de algunos de sus valores fundamentales propios, al mismo tiempo podemos ver en la última década en varios países un creciente proceso de constitucionalización de temas de justicia penal, tanto en el derecho (incluidas las normas constitucionales sobre el estado de derecho y el juicio justo) como en la práctica (a través de la jurisprudencia de los altos tribunales supremos y constitucionales y de los tribunales transnacionales de Derechos Humanos). Los procesos penales especiales que tienen que ver con el crimen organizado y la lucha antiterrorista son tratados por las Cortes Supremas, los Tribunales Constitucionales y los Tribunales de Derechos Humanos.

No estoy convencido de que este proceso sea un resultado interno de las reformas de la justicia penal en sí mismas. Es cierto que en muchos países las reformas fueron introducidas a favor de procesos contenciosos, basados en principios acusatorios como oralidad, igualdad procesal, juicio justo, un poder judicial independiente e imparcial, etc. Sin embargo, al mismo tiempo se han introducido reformas paralelas para reducir el alcance y aplicación de estos principios en la investigación, prosecución y condena de delitos graves.

A pesar de que los estándares constitucionales y de derechos humanos se han convertido en un marco obligatorio para manejar el efecto en el derecho y en la práctica del derecho de estos paradigmas del delito, por el momento el panorama es más bien un *patchwork*. La Corte Europea de Derechos Humanos ha dado un margen de apreciación muy amplio a los Estados Miembro cuando se trata de justicia penal y terrorismo, cuando se trata de flexibilizar el juicio justo, los derechos de defensa, la protección de la privacidad, la libertad de expresión, etc. Tuvo una posición más fuerte frente al tratamiento inhumano y la tortura. Sin embargo, la Corte Europea de Justicia de la Unión Europea ha impuesto un estándar de derechos humanos alto en el área de listas negras de terroristas y organizaciones terroristas, pero, por supuesto, este campo no es representativo del campo clásico de las garantías procesales en temas penales (un campo en el que el legislador de Estados Unidos tiene gran dificultad para definir estándares comunes que no violen el denominador mínimo de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos). Además, a nivel de los Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas nacionales, vemos

una creciente casuística que trata aspectos importantes de los conceptos básicos de justicia penal. Sin embargo, no podemos decir que, hoy en día, estos Tribunales están produciendo estándares comunes. Solo para dar dos ejemplos: la jurisprudencia de estos Tribunales sobre técnicas de investigación especiales y el uso de prueba secreta discrepa bastante, tanto como su jurisprudencia sobre técnicas de investigación digital e incluso retención de información por prestadores de servicios.

#### 4. Conclusion

Estamos viviendo un período de ajuste en el que muchas de las reformas del sistema de justicia penal son el resultado de una instrumentalización política y mediatización del delito y del miedo a la delincuencia<sup>15</sup>. Se justifican a través de los paradigmas de política penal de lucha contra las drogas, el crimen organizado y el terrorismo. El resultado es que el *ius puniendi* del Estado (siendo una de las más represivas interferencias de la libertad), está siendo instrumentalizada y puesta al servicio del peligro, la administración del riesgo y el segurismo. Cuando la prevención de la peligrosidad se convierte en el mecanismo desencadenante para el uso de técnicas de investigación muy intrusivas y para el castigo penal, el sistema de justicia penal está en riesgo de convertirse en un sistema de seguridad. Estos acontecimientos resultan en una considerable expansión del sistema de justicia penal, a través del derecho penal sustantivo y procesal y, por lo tanto, de una mayor injerencia en la libertad de los ciudadanos. La expansión de la justicia penal va de la mano de la erosión de sus principios básicos (*nullum crimen sine iniuria*, *nulla poena sine culpa*, *ultimum remedium*, juicio justo, etc.). Al mismo tiempo, la represión penal se convierte en una fórmula "passe partout" para la resolución de problemas sociales. Las expectativas respecto de la capacidad de la justicia penal para resolver problemas están, sin embargo, en agudo contraste con el desempeño real. La expansión de la justicia penal es muy real en términos de control social, pero es muy simbólica en términos de capacidad de resolución de problemas sociales.

Los paradigmas de política penal (drogas, crimen organizado y terrorismo) son utilizados como justificaciones políticas en el nivel nacional, europeo e internacional. Ciertamente, no podemos concluir que la dimensión europea y/o internacional haya causado estos cambios de forma unilateral. Los tres niveles están actuando fuertemente bajo los mismos paradigmas. Sin embargo, es útil mirar más de cerca a la nueva dimensión europea e internacional. A primera vista, podríamos creer que la justicia penal internacional que trata crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad es un claro ejemplo de la victoria de la justicia sobre la inseguridad, ya que es la expresión de la comunidad internacional para tratar con las peores violaciones de derechos humanos a nivel mundial. La justicia penal global como reacción contra la impunidad es, por supuesto, un noble ideal. A segunda vista vemos, sin embargo, que la justicia penal internacional también está luchando con algunos de los mismos problemas (mediatización, discreción política para el fiscal, función simbólica, etc.). El sistema de justicia penal internacional en la acción también tiene que lidiar con problemas y cambios de responsabilidades comunes al sistema de justicia penal nacional. Como ejemplos, me refiero a la definición de empresa criminal conjunta, una forma de actuación criminal organizada y los problemas con el principio *nullum crimen sine lege* en la justicia penal internacional, o el uso de pruebas secretas y divulgación limitada en la justicia penal internacional. En la justicia penal internacional, la judicatura desempeña un papel fundamental en la creación del derecho penal y el resultado no siempre se basa en conceptos jurídicos claros y previsibles. Aunque los tribunales de derecho penal internacional son un gran logro, todavía están en la búsqueda de estándares comunes de justicia penal y, por el momento, están actuando más bajo la llamada "cloud computing" que como "*bouche de la loi internationale*".

La dimensión europea es completamente diferente porque el modelo de integración de justicia penal se limita a armonización del derecho penal y procesal penal de los Estados miembros y, tal vez en el futuro, algunas herramientas de investigación supranacionales, pero la jurisdicción penal siguiera siendo de plena competencia de los Estados Miembro. Sin embargo, desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la misma Unión Europea ha elaborado planes de política penal más amplios para el Área Libertad,

---

<sup>15</sup> J. Simon, *Governing through Crime [Gobernando a través del Delito]*, Oxford University Press, 2007; F. Barata, *Las nuevas fábricas del miedo: los mass media ante la inseguridad ciudadana*, en "La protección de la seguridad ciudadana", Oñati Proceedings 18, Oñati, 1995.

Seguridad y Justicia. Además, la UE define su ordenamiento jurídico autónomo como un ordenamiento jurídico con altos estándares constitucionales (con la ambición de ir más allá de los estándares mínimos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Sin embargo, la UE misma ha estado luchando en sus planes de política penal para conseguir el balance justo entre seguridad y libertad. La Corte de Justicia de la UE tiene un historial importante cuando se trata de estándares constitucionales y protección de derechos humanos en la UE, pero la legislación de derecho penal de la UE está más bien yendo hacia el fondo del denominador más bajo. Recientes acciones legislativas tendientes a armonizar las garantías procesales en el marco de los instrumentos de reconocimiento mutuo (orden de detención europea, orden de prueba europea, etc.), que se relacionan con el derecho a un abogado, derecho a una traducción, a una carta de derechos, etc. han demostrado una gran reticencia, por parte de muchos Estados miembros, para acordar estándares comunes equivalentes. Mientras tanto, la Corte de Justicia Europea tuvo que elaborar derechos humanos para el área integrada, como la aplicación del principio transnacional del *ne bis in idem*<sup>16</sup>. El nuevo Tratado de Lisboa ofrece las herramientas políticas y jurídicas necesarias para conseguir un equilibrio perfecto entre libertad y seguridad, entre la aplicación eficaz del derecho penal y las garantías procesales. Sin embargo, para alcanzar un resultado óptimo será necesario que los Estados miembros estén dispuestos a integrar aún más sus sistemas de justicia penal. Esto incluye la configuración de estándares equivalentes y la intervención por parte de la EU para mejorar sus administraciones de justicia.

Para terminar, está claro que los conceptos básicos de la justicia penal moderna, como la elaborada en la Ilustración, y más adelante corroborada en codificaciones, constituciones e instrumentos de derechos humanos, han venido a sufrir una fuerte presión por parte del paradigma de securismo. Esto está reflejado por el cambio de responsabilidades dentro del sistema de justicia penal (entre las autoridades públicas y entre las partes) pero también por la expansión del sistema de justicia penal en sí.

El tema principal de futuras investigaciones será cómo los conceptos básicos de la justicia penal moderna, y el objetivo relacionado, la naturaleza y los instrumentos de la justicia penal, se pueden combinar con los nuevos intereses jurídicos que necesitan la protección del derecho penal y con la investigación intrusiva que es, al mismo tiempo, eficaz y en cumplimiento con las garantías procesales y el estado de derecho. Esto incluye que estos conceptos básicos de justicia penal tienen un cierto grado de flexibilidad, pero también que tienen siempre la función de limitar el *ius puniendi* del Estado. Solo dentro de un enfoque equilibrado entre la espada y el escudo de la justicia penal el *ius puniendi* del Estado puede convertirse en justicia. Como la internacionalización, la globalización y la integración regional aumentarán en las próximas décadas, las tres dimensiones interrelacionadas entre sí del sistema(s) de justicia penal merecerán más atención en la investigación del derecho penal, ya que jugarán un papel más importante en la conformación de la espada y el escudo de la justicia penal en nuestras sociedades.

---

<sup>16</sup> J.A.E. Vervaele, espacio Judicial Europeo y los derechos Fundamentales: Derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia: el *ne bis in idem* praetoriano del Tribunal de Justicia, en J.A.E. Vervaele, El Derecho Penal Europeo, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2010, Capítulo IIIB. .