

PRIMERA LÍNEA

No. 13, ABRIL 2020

**MPA DERECHO PUNITIVO Y
RIESGOS CORPORATIVOS**

EQUIPO EDITORIAL

Mauricio Pava Lugo
Director Editorial

Andrés Felipe Díaz Arana
Director Académico

Paul Cifuentes
Editor

CONSEJO EDITORIAL

Carlos Mario Mora Cerón
Daniel Santiago Guio Díaz
Juan David León Quiroga

COLUMNISTAS

Elías Mauricio Monroy Mora
Jacobó Alejandro González Cortés
Juan F. Sánchez Otharán
Mauricio Pava Lugo

EQUIPO EDITORIAL

MAURICIO PAVA LUGO

Director editorial

Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en Compliance de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; conjuer de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; conjuer del Consejo Nacional Electoral. Miembro de la comisión asesora para la Política Criminal del Estado Colombiano; miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de pregrado y posgrado en varias universidades. Director del Boletín Académico “Primera Línea”.

ANDRÉS FELIPE DÍAZ ARANA

Director académico

Abogado y Filósofo de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia), Grado Cum Laude. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona (Barcelona, España) y la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España), Premio al Primer Puesto en la Edición 2014-2015. Magíster en Estudios Jurídicos Avanzados de la Universidad de Barcelona, Matrícula de Honor por Unanimidad en TFM 2015. Especialista en Derecho Médico Sanitario de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Doctorando en Derecho en la Universidad Pompeu Fabra. Profesor titular en pregrado de la Universidad de los Andes y la Universidad de la Sabana, y en posgrado de distintas universidades. Autor de varias publicaciones académicas sobre Derecho Penal y Política Criminal en revistas especializadas nacionales e internacionales. Director Académico y miembro del Consejo Editorial del Boletín Académico “Primera Línea”.

PAUL CIFUENTES (Lingua Franca)

Editor

Licenciado en filología inglesa y aspirante a magister en filosofía de la Universidad Nacional. Ha sido docente consultor en redacción de textos jurídicos, inglés jurídico, traducción de textos jurídicos y lingüística forense para firmas distintas firmas y oficinas jurídicas; ha capacitado y asesorado despachos de la Rama Judicial. Ha actuado como perito convocado por las partes o por la Fiscalía General de la Nación. Es docente de los departamentos de Lingüística y Estadística de la Universidad Nacional de Colombia, en las áreas de redacción de textos jurídicos, argumentación oral, y comprensión y producción de textos académicos; está vinculado con la Unidad de Docencia e Investigación en Textos Argumentativos (Universidad Nacional) y el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos. Es el Director académico y científico de *Lingua Franca: servicios lingüísticos y académicos*.

CONSEJO EDITORIAL

CARLOS MARIO MORA CERÓN

Autor/Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Estudiante de Derecho de la Universidad de La Sabana y monitor de la asignatura Derecho Penal General en la misma institución. En la actualidad, ostenta el cargo de secretario del Consejo Editorial de Primera Línea y es el encargado de la de la voz en los videos del Boletín Gráfico.

DANIEL SANTIAGO GUÍO DÍAZ

Autor/Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Abogado de la Universidad Sergio Arboleda y perteneciente al programa de honores de la misma universidad. Especialista en Derecho de la Empresa de la Universidad de los Andes con diplomado de formación ejecutiva en Gestión de Riesgos Corporativos de la misma universidad. Experto en planes de defensa corporativa, programas de cumplimiento, instrumentalización de decisiones, estructuración de medidas de gobierno corporativo, apoyo a la gestión en materia de libro blanco y gestión de litigios. Autor, columnista y miembro del Consejo Editorial del Boletín Académico “Primera Línea”.

JUAN DAVID LEÓN QUIROGA

Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Abogado graduado de la Universidad del Rosario con profundización en Derecho Penal; especialista en Derecho Penal en esta universidad. Magíster en Derecho Penal y Ciencias penales en la Universidad de Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra y Curso Superior Universitario en Compliance penal de la Universidad de Barcelona. Autor, columnista y miembro del Consejo Editorial del Boletín Académico “Primera Línea”.

COLUMNISTAS

ELÍAS MAURICIO MONROY MORA

Es abogado de la firma MPa Derecho Penal Corporativo y graduado de la Universidad Santo Tomás con profundización en Derecho Penal; fue becario en pregrado de la misma institución y su trabajo de grado, Punibilidad de delitos financieros: crítica dogmática, obtuvo el reconocimiento de tesis meritoria. Es Especialista en Pedagogía para la Educación Superior en la Universidad Santo Tomás y, actualmente, cursa la Maestría en Derecho Penal en la misma casa de estudios. Al interior de la firma, se desempeña en el área de litigio estratégico y lidera los procesos de extinción de dominio. Es columnista de MPa Primera Línea.

JACOBO ALEJANDRO GONZÁLEZ CORTÉS

Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, Magíster en Derecho con énfasis en procesal penal de la Universidad Sergio Arboleda. Ha sido ponente en congresos de delitos informáticos y participó en el Primer simposio nacional de delitos informáticos, en el que se abordaron aspectos de técnicas de investigación, entre otros. Ha capacitado, a nivel nacional, a fiscales, miembros del CTI y de la policía judicial. Actualmente, es socio de la firma MPa abogados y se desempeña como director de operaciones de la firma. Amplios conocimientos en el manejo de delitos informáticos y financieros, así como de las facultades de las víctimas en el proceso penal.

JUAN F. SÁNCHEZ OTHARÁN

Abogado por la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires, Magister en Derecho Penal por la Universidad Austral de Argentina, Master en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Univ. Pompeu-Fabra y Uni. Barcelona. Master en Estudios Jurídicos Avanzados dictado por la UB. Ha realizado posgrado en Compliance, dictado por la Univ. Pompeu Fabra-Carlos III de Madrid-KPMG. Es Doctor por la Universidad de Barcelona, obteniendo la máxima calificación Cum Laude.

MAURICIO PAVA LUGO

Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en Compliance de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; conjuer de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; conjuer del Consejo Nacional Electoral. Miembro de la comisión asesora para la Política Criminal del Estado Colombiano; miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de pregrado y posgrado en varias universidades. Director del Boletín Académico “Primera Línea”.

CONTENIDO

<u>REACTIVACIÓN DE LA JUSTICIA, UN PASO DIGITAL QUE NO DA ESPERA</u>	8
MAURICIO PAVA LUGO	8
<u>CORTE CONSTITUCIONAL ACLARA QUE LOS PANTALLAZOS IMPRESOS DE WHATSAPP TIENEN EL VALOR DE PRUEBA INDICIARIA</u>	12
JACOBO ALEJANDRO GONZÁLEZ CORTÉS	12
<u>LAS GARANTÍAS DE LOS RECLUIDOS Y DE SUS FAMILIARES DE ESTAR CERCA: UNA CUESTIÓN DE DIGNIDAD</u>	19
ELÍAS MAURICIO MONROY MORA	19
<u>PARADOJA HARRINGTON EN ESPAÑA</u>	32
JUAN F. SÁNCHEZ OTHARÁN	32

Reactivación de la justicia, un paso digital que no da espera

Mauricio Pava Lugo¹

Apreciados lectores:

Ante la dura situación a la cual nos enfrentamos todos y, especialmente, en atención a los enormes retos que ella supone para la administración de justicia, hemos decidido dedicar el editorial de este número de nuestro boletín a comunicar una carta abierta dirigida a las cabezas del Ministerio de Justicia y del Derecho y del Consejo Superior de la Judicatura. Al final, como siempre, presento las columnas que componen a esta entrega.

Seguimos trabajando para promover y difundir el conocimiento, en nuestra misión de contribuir a un debate serio e informado. Ahora, más que nunca, lo necesitamos para guiarnos hacia la toma de las mejores decisiones.

CARTA ABIERTA

Bogotá D.C., abril de 2020

Doctora,

Margarita Cabello Blanco

Ministra de Justicia y del Derecho

República de Colombia

¹ Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en *Compliance* de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; *conjuez* de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; *conjuez* del Consejo Nacional Electoral. Miembro de la comisión asesora para la Política Criminal del Estado Colombiano; miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de pregrado y posgrado en varias universidades. Director del Boletín Académico “Primera Línea”.

Doctora,

Diana Alexandra Remolina Botía

Presidenta

Consejo Superior de la Judicatura

Ciudad

Asunto: Consideraciones sobre justicia virtual en el marco de la contingencia actual de salud pública

Respetadas:

Las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional con el fin de aplanar la curva epidemiológica, indiscutiblemente, han impactado a la institucionalidad, dado que nos hemos visto en la obligación de detener todas nuestras operaciones y resguardarnos en casa. En consecuencia, infortunadamente, pese a los esfuerzos de los liderazgos del sector justicia, si continuamos en “situación de excepción judicial” podemos llegar a un estado de las cosas sumamente peligroso, ya que no podemos disponer de los medios habituales para resolver los conflictos institucionalmente. La situación se puede agravar, pues posiblemente se avecinan los momentos de mayor complejidad en la emergencia sanitaria. El aumento de casos, de fallecimientos, las contracciones económicas, el desempleo y los riesgos inherentes a las medidas de reactivación económica demandan que el aparato judicial opere con base en una nueva dinámica regular y no solo por excepción.

Sé que todos estos aspectos han sido considerados por ustedes, pero ya ha transcurrido el tiempo suficiente para sumergirnos en los modelos de “e-justicia” y afrontar de manera responsable todos los riesgos que conlleva. Lo peor sería tenerlo que hacer con improvisación y sin estar por completo preparados. Hoy sabemos que, al menos, la arquitectura normativa permite operar virtualmente, de esto no hay duda.

En el mundo existen 3 tipos de analfabetismo²: analfabetismo absoluto (no saber leer ni escribir), analfabetismo tecnológico y la incapacidad de dominar una segunda lengua. Pues bien, el poder judicial,

² Tipos de analfabetismo. En: <https://sites.google.com/site/analfabetismoenmexico/home>

hoy, no debe permitir que el segundo analfabetismo sea una razón para que abogados y operadores judiciales obstruyan el avance de la e-justicia. Habrá audiencias, en todas las jurisdicciones, difíciles de llevar a cabo. Por supuesto, en algunas zonas apartadas el déficit de acceso a internet implicará seguir en suspensión de términos o permitirles operar en los viejos modelos, hasta superar esas carencias. Habrá escenarios de vulnerabilidad en seguridad cibernética que enfrentar, retos inherentes a la gestión ordenada de información digital. Pero, creo que, si esperamos a que todo lo anterior esté resuelto para implementar los modelos de e-justicia, situaciones relevantes pero marginales se impondrán sobre las necesidades de las realidades generales.

El litigio virtual, a pesar de las dudas e incertidumbres que genera, tiene grandes ventajas, lo sabemos todos. En la situación actual, además de garantizar el acceso a la administración de justicia, nos permitirá cumplir con el distanciamiento social hasta que superemos la pandemia y cuidar de los demás. Sumado a esto, mejora el tratamiento y la circulación de información judicial, reduce la utilización de papel y agiliza la gestión de procesos judiciales. Como si fuera poco, el litigio virtual puede ser un gran aliado para seguir el estado de los procesos judiciales e, incluso, mejorar la interacción entre los ciudadanos (abogados) y los operadores jurídicos.

Nunca nuestro país podría tener la oportunidad, eventualmente, de ponerse al día judicialmente. Sin duda, la parálisis de la economía, el confinamiento y la falta de interacción social traen como resultado la disminución de demanda de justicia. En consecuencia, los servidores públicos de la justicia, confinados en sus casas, tendrían la oportunidad de avanzar en descongestionar sus despachos.

Para terminar, creo que deben considerar, para enfrentar la demanda de justicia en materia de sustitución de medidas de aseguramiento intramurales por domiciliarias, habilitar a los jueces municipales y del circuito de todas las especialidades para que decidan tanto las peticiones que se tramitarán bajo el procedimiento del Decreto 546/2020, como las que continuarán tramitándose de manera ordinaria. Esta necesidad excepcional deriva de la excepcionalidad que enfrenta nuestro sistema judicial. Hoy, solo en detención preventiva, nuestro sistema tiene privadas de la libertad a cerca de 40 mil personas sobre las que se presume su inocencia. Todas, en riesgo de contagio intramural por el COVID 19. La propuesta puede parecer exótica e, incluso, incomodar a las demás jurisdicciones. Pero, no se aparta de la legalidad, no solo porque hoy la Ley 906 de 2.004 en su artículo 39 lo permite, por excepción, sino porque, en materia (análoga) de habeas corpus, cualquier juez tiene la obligación de resolver. La situación lo amerita, estamos ante decisiones que pueden implicar “vida o muerte”.

Para terminar, quiero manifestarles que, salvo para quienes es más fácil hacer una lista de problemas que de soluciones, con toda seguridad la comunidad jurídica del país va a estar más que dispuesta a hacerse participe de estos cambios y a facilitar su implementación.

Cordialmente,

Mauricio Pava Lugo

Miembro de la Comisión Asesora de Política Criminal

Representante de Presidencia en el Consejo Directivo del INPEC

Conjuez de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

mauriciopava@mpapenalcorporativo.com

En esta entrega de Primera Línea

Esta vez, en conmemoración de los dos años de nuestra primera publicación, contamos con tres columnas excepcionales que abordan diferentes áreas sustanciales del Derecho Penal. Para comenzar, en la columna de actualidad el columnista aborda un reciente fallo de la Corte Constitucional en el cual se precisa el valor probatorio de los pantallazos de *WhatsApp*; un tema que, sin duda, cobra especial relevancia en nuestro panorama actual.

A la par de este artículo, en la columna de interés se tratan algunas de las garantías dignificantes con las que cuentan tanto los reclusos como sus familias. En este escrito el columnista aporta reflexiones que, en medio de la crisis carcelaria a la que nos enfrentamos, pueden resultar de gran utilidad.

Finalmente, para la columna entre líneas, tenemos un invitado con vasta experiencia en el derecho penal ambiental, quien nos presenta en su columna valiosas consideraciones sobre la relación de la teoría económica de “la elección racional” con las actuaciones de las empresas en el ámbito medioambiental.

Corte Constitucional aclara que los pantallazos impresos de WhatsApp tienen el valor de prueba indiciaria

Jacobo Alejandro González Cortés³

Dentro de una acción de tutela que fue revisada por la Corte Constitucional, relacionada con una persona que consideró vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral reforzada, fuero de maternidad y a la seguridad social por su condición de embarazo, se presentó una discusión respecto del valor probatorio que se le debe dar a los pantallazos de WhatsApp impresos que son aportados como prueba. En este pronunciamiento, se califica a estos pantallazos como prueba indiciaria que debe ser valorada por el fallador en conjunto con otras pruebas por la imposibilidad de determinar técnicamente que el documento impreso no fue alterado.

Sumario:

I. Introducción II. Consideraciones del fallo III. Toma de postura IV. Reflexión final V. Bibliografía.

I. Introducción

En reciente pronunciamiento de fallo de tutela⁴, la Corte Constitucional resuelve un caso relacionado con la situación de discriminación de que pudo haber sido objeto la actora por su estado de gravidez, y que conllevara a que su contrato laboral no fuese renovado. En el marco de esa discusión y dado el aporte de capturas de la conversación entre la actora y la parte demandada como parte de la prueba, la Corte hace

³ Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, Magíster en Derecho con énfasis en procesal penal de la Universidad Sergio Arboleda. Ha sido ponente en congresos de delitos informáticos y participó en el Primer simposio nacional de delitos informáticos, en el que se abordaron aspectos de técnicas de investigación, entre otros. Ha capacitado, a nivel nacional, a fiscales, miembros del CTI y de la policía judicial. Actualmente, es socio de la firma MPa abogados y se desempeña como director de operaciones de la firma. Amplios conocimientos en el manejo de delitos informáticos y financieros, así como de las facultades de las víctimas en el proceso penal.

⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-043. (10, febrero, 2020). M.P.: José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá. Corte Constitucional, 2020.

unas reflexiones respecto del valor probatorio que se le debe dar a los pantallazos impresos de *WhatsApp*, a los que califica como prueba indiciaria, situación novedosa que no había sido aclarada hasta el momento. Este fallo de tutela llevó a que se abriera el debate de la prueba electrónica, de su validez en los procesos y de la conveniencia de la aceptación como prueba de los pantallazos impresos de un dispositivo electrónico. A través de esta columna, haremos unas breves reflexiones sobre este interesante tópico, con lo cual se pretende dar algunas luces acerca del manejo de este tipo de prueba, cómo debe ser valorada y si esta alcanza la calidad de prueba electrónica como tal.

II. Consideraciones del fallo

En la determinación de la Corte Constitucional citada, esta corporación dedica un apartado a hacer una aproximación a la prueba electrónica. En dicho espacio, inicia indicando que el Derecho es considerado un instrumento dúctil por los cambios que a diario enfrenta, en un mundo en el que la tecnología avanza a pasos agigantados y se inmiscuye en la cotidianidad de las personas.

Se extrae de este apartado que el derecho probatorio encara un “nuevo desafío” en relación con las comunicaciones que se realizan a través de las herramientas tecnológicas como el *WhatsApp* que pueden constituir, en algún momento, “supuestos de hecho con significancia en la deducción de determinada consecuencia jurídica”⁵. Por eso, se decide hablar de la producción, incorporación, contradicción y valoración de este tipo de pruebas, extraídas de las plataformas digitales.

En ese orden de ideas, lo primero que debemos aclarar es que la decisión de la Corte Constitucional no define el uso de la prueba electrónica, ni tampoco establece las características que esta debe tener. Únicamente, hace una aproximación para explicar los pantallazos impresos de *WhatsApp* y le da un valor probatorio como de prueba indiciaria, teniendo como base, para este pronunciamiento, algunos criterios doctrinarios dados por autores extranjeros⁶.

⁵ *Óp. Cit.* Extracto fallo en estudio.

⁶ Entre ellos, Federico Bueno de Mata, “Prueba electrónica y proceso 2.0”, editorial Tirant lo Blanch, primera edición, 2014, p. 130. Y, sobre este tema, es pertinente consultar el análisis efectuado por el Gastón Bielli en el artículo “Prueba Electrónica: Incorporación, admisión y valoración de capturas de pantalla en el proceso de familia”, disponible en el siguiente enlace: <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/4384-prueba-electronica-incorporacion-admision-y-valoracion-capturas> [consultado el 4 de diciembre de 2019].

Para llegar a la conclusión de que la prueba del "pantallazo impreso" debe ser considerada una prueba indiciaria, la Corte advierte que esto se debe a la informalidad de estas y la duda que surge en relación con su origen, autenticidad y mismidad⁷, ya que no existen mecanismos técnicos que puedan determinar estas situaciones como sí se podría hacer con la prueba electrónica.

Lo que es claro, según explica para la Corte, es que bajo ningún argumento se puede concebir que el pantallazo pueda ser tomado como una prueba electrónica, pues no se reúnen las características: Al respecto, en palabras de la Sala:

[...] se consideraría prueba electrónica a cualquier prueba presentada informáticamente y que estaría compuesta por dos elementos: uno material, que depende de un hardware, es decir la parte física de la prueba y visible para cualquier usuario de a pie, por ejemplo, la carcasa de un Smartphone o un USB; y por otro lado un elemento intangible que es representado por un software, consistente en metadatos y archivos electrónicos modulados a través de unas interfaces informáticas.⁸

De ahí que concluya la Corte, en relación con el "pantallazo" impreso, que esta prueba pueda estar alterada, dada la existencia de software especializados de edición, con lo que se podría manipular su contenido; por esta razón, se le debe dar un valor suasorio atenuado por el juzgador frente a los otros medios de prueba.

De manera que, si la prueba del "pantallazo impreso" es considerada una prueba indiciaria y su valor probatorio es reducido, solo tendrá fuerza probatoria cuando esté acompañada de otros elementos que permitan concluir que un hecho es veraz.

III. Toma de postura

Teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional, podemos concluir varios puntos:

⁷ Cfr., entre otras, CSJ, SCP, 44741, 18.01.17: "principio de mismidad, según el cual, la evidencia exhibida en los estrados judiciales debe ser la misma recogida en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las actuaciones adelantadas por los investigadores".

⁸ BUENO DE MATA, Federico. Prueba electrónica y proceso 2.0. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, primera edición. p. 130.

1. La prueba electrónica se puede definir como “toda aquella prueba que incluye cualquier información, documento, archivo o dato, almacenado en un soporte electrónico y susceptible de poder ser tratado e identificado digitalmente para su posterior aportación en un proceso judicial”⁹.
2. La impresión de los pantallazos no corresponde con la definición de prueba electrónica, toda vez que se trata de la representación impresa de un hecho ocurrido en un espacio virtual en una hoja de papel, por lo que no se puede presentar como tal dentro de un proceso.
3. Cuando se imprime un pantallazo de una conversación que puede provenir de un programa de mensajería instantánea o incluso de un correo electrónico, la calidad de su tratamiento es más próximo a una prueba documental.
4. Como estaríamos frente a una prueba documental, podríamos aplicar las reglas del CGP, en su artículo 244, que dice: “Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento”¹⁰.
5. Frente al valor probatorio, coincidimos en que un pantallazo debe ser considerado de menor poder suasorio que el de la denominada prueba electrónica, porque no se reúnen las características de mismidad, de garantía de origen y, mucho menos, de recepción.

Recordemos que las pruebas electrónicas se caracterizan por la forma en que se immortalizan, es decir, que su obtención resulta una situación bastante técnica, pues debe acreditarse, a través del procedimiento que se utilice, la inalterabilidad y su origen. Además, si se trata de sistemas de mensajería, no basta, únicamente, con que se pruebe el emisor, sino, también, que el receptor haya mantenido impoluto su contenido. Por el contrario, los “pantallazos” impresos pueden, incluso, considerarse pruebas sospechosas, pues no existe garantía de su origen.

Lo anterior se menciona, toda vez que la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, había referenciado que el valor probatorio del mensaje de datos, como lo puede ser *WhatsApp*, dependía del análisis que se hiciera teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica, “así como la confiabilidad que ofrezca la forma como se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad de la forma en que se hubiere

⁹ ROJAS ROSCO, Raúl. *La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los “pantallazos”?* p. 92. En: Ricardo OLIVA & Sonsoles VALERO, coords., *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*. Colección: Desafíos Legales, #RetoJCF Juristas con Futuro, septiembre 2016.

¹⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Julio, 2012. No. 48489.

conservado la integridad de la información, la forma como se identifique a su iniciador, y cualquier otro factor relevante”¹¹.

La labor complicada será para el juzgador o para el afectado el examen de la prueba indiciaria del pantallazo: por un lado, el juzgador, realizada la valoración en conjunto con las otras pruebas, debe darle un valor suasorio mayor o menor según sea el caso y, por el otro, la parte que se vea afectada con la prueba, en el entendido de que ya es considerada una prueba indiciaria, deberá enfocar su ataque, no sobre si tiene validez o no como prueba electrónica, sino, de fondo, a la inexistencia de lo que en el pantallazo se refleja. Puede ocurrir, con todo, que el juzgador, al final, tenga elementos que, en ese análisis conjunto de la prueba, lo lleven a la convicción de que el pantallazo aportado como prueba no sirve de indicio en el caso concreto.

IV. Reflexión final

Visto todo lo anterior, los pantallazos impresos, bajo ninguna perspectiva, pueden considerarse una prueba digital o electrónica. En nuestro criterio, dicha prueba pertenece al mundo de las documentales y su uso dependerá del caso en concreto y de las expectativas probatorias que tenga el solicitante. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que resulta imposible oponerse al uso de los pantallazos como prueba dentro de los procesos, pues se trata de un medio lícito, que, desde luego, deberán, según la Corte Constitucional, ser considerados como prueba indiciaria.

Por otro lado, los jueces que dan el valor probatorio a estos medios de prueba se deben valer de reglas de la experiencia y de otros medios de prueba adicionales, para poder concluir si se le da credibilidad o no a un pantallazo.

Sería ideal si, a través de las distintas fuentes del derecho, en especial, a través de la jurisprudencia y la doctrina, se profundizara en los siguientes temas: i. De cara a la prueba del “pantallazo impreso”, ¿qué papel juega el principio de libertad probatoria versus el criterio de la tarifa legal?; ii. ¿El principio de libre valoración de la prueba juega un papel determinante a la hora de darle o no credibilidad a la prueba del

¹¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente No. 11001 3110 005 2004 01074 01. (16, diciembre, 2010). M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá. Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil, 2010.

“pantallazo” impreso?; iii. ¿Exigir la prueba electrónica encarece los procedimientos y transforma la justicia en un sistema oneroso?; y iv. ¿Qué confiabilidad tiene la prueba electrónica?

Todos estos y otros más, necesariamente, quedan postergados para una entrega posterior de otro boletín de Primera Línea y esperamos permitan ser abordados con la profundidad que ameritan. De momento, hemos querido ofrecer apenas una primera aproximación a este asunto que, por su actualidad y relevancia práctica, seguramente constituirá un hito en la extensa línea jurisprudencial que se ocupa de las características, alcances y valoración de las pruebas electrónicas en nuestro país.

Bibliografía

CARRASCO MAYANS, Sergio. La alegalidad o limbo legal de la prueba electrónica. En: Ricardo OLIVA & Sonsoles VALERO, coords., La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal, 2016. Colección: Desafíos Legales, #RetoJCF Juristas con Futuro, septiembre 2016. pp. 40-49.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Julio, 2012. No. 48489.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-043 (10, febrero, 2020). M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá. Corte Constitucional, 2020.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente No. 11001 3110 005 2004 01074 01, (16, diciembre, 2010). M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá. Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil, 2010.

ESPAÑA. AUDIENCIA NACIONAL. Sala de lo penal, Sec. 1ª. Sentencia 927020, 33/2017 (11, octubre, 2017). M.P.: Juan Ramon Berdugo Gómez De La Torre.

ESPAÑA. AUDIENCIA PROVINCIAL, ASTURIAS. Sala de lo penal, Sec. 3ª. Sentencia 976175, 340/2018 (27, julio, 2018).

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia 300/2015 (19, mayo, 2015). M.P.: Sr. D.: Manuel Marchena Gómez.

GAMELLA CARBALLO, Sandra. Redes sociales y otros medios de prueba digital, WhatsApp, Facebook, Twitter, Skype, correo electrónico, Google Maps, GPS, y cámaras de video vigilancia. Madrid: Editorial Jurídica Sepin, 2019.

PERALES CAÑETE, Rafael. Exiftool: ¿Los metadatos sirven de algo? En: Ricardo OLIVA & Sonsoles VALERO, coords., La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal, 2016. Colección: Desafíos Legales, #RetoJCF Juristas con Futuro, septiembre 2016. pp. 108-115.

ROJAS ROSCO, Raúl. La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los “pantallazos”? En: Ricardo OLIVA & Sonsoles VALERO, coords., La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal, 2016. Colección: Desafíos Legales, #RetoJCF Juristas con Futuro, septiembre 2016. pp. 90-97.

Las garantías de los reclusos y de sus familiares de estar cerca: una cuestión de dignidad

Elías Mauricio Monroy Mora¹²

Existe una disruptiva entre el marco normativo para el tratamiento de los reclusos y de sus familiares, y el contexto brindado por la realidad. Por antonomasia, el estado de cosas inconstitucional declarado en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional colombiana es una muestra de las vulneraciones a las que son sometidos a diario. Ahora bien, uno (entre tantos) de los derechos reconocidos a los reclusos implica la posibilidad de estar privado de la libertad en un lugar próximo a su familia o domicilio, aspecto que ha sido reconocido en los principales instrumentos internacionales y nacionales, así como en la jurisprudencia concordante. Sin embargo, dada su falta de materialización, se torna esencial verificar las garantías existentes relacionadas con el traslado de una persona privada de la libertad y la elección del lugar en donde deberá cumplir la reclusión, en tanto se constituye en una forma de manifestación académica frente a un problema social, lo cual visibiliza el apremio.

Sumario

I. Introducción II. Contexto internacional III. Contexto colombiano IV. Reflexión final.

I. Introducción

Las personas privadas de la libertad y sus familiares integran una población vulnerable (casi invisible) que, en muchos casos, es silenciada frente a la sociedad y el Estado. De hecho, en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, existe un apartado exclusivo sobre

¹² Es abogado de la firma MPa Derecho Penal Corporativo y graduado de la Universidad Santo Tomás con profundización en Derecho Penal; fue becario en pregrado de la misma institución y su trabajo de grado, Punibilidad de delitos financieros: crítica dogmática, obtuvo el reconocimiento de tesis meritoria. Es Especialista en Pedagogía para la Educación Superior en la Universidad Santo Tomás y, actualmente, cursa la Maestría en Derecho Penal en la misma casa de estudios. Al interior de la firma, se desempeña en el área de litigio estratégico y lidera los procesos de extinción de dominio. Es columnista de MPa Primera Línea.

las personas privadas de la libertad¹³. Además, a pesar de que, en la doctrina, en los textos legales y en la jurisprudencia nacional e internacional, se encuentran planteadas sendas obligaciones respecto del tratamiento de las personas que son privadas de la libertad — mismas garantías que son predicables indistintamente de la condición de procesado o condenado —, parece ser que se trata de un discurso inocuo, *prima facie*, por causa del desinterés estatal, el cual aduce razones operativas principalmente.

Claramente, la situación de privación de la libertad trastoca todas las esferas del individuo. Por ejemplo, según afirma el profesor Iñaki Rivera, el distanciamiento de una persona privada de la libertad respecto a su residencia familiar produce repercusiones tales como “dificultades familiares de tiempos, de economía, de compatibilidad laboral, que podemos ver acentuadas enormemente cuando se ha aplicado políticas de dispersión y alejamiento penitenciario”¹⁴.

En este sentido, verificar las garantías del traslado de una persona privada de la libertad y las garantías de la elección del lugar en donde deberá cumplir la reclusión es esencial. Por lo anterior, se efectúa un análisis jurídico nacional e internacional circunscrito a los derechos de las personas privadas de la libertad y de sus familiares de estar cerca, en procura de visibilizar su condición de vulnerabilidad¹⁵.

II. Contexto internacional

A nivel internacional, se trata de un tópico con robusta regulación jurídica y jurisprudencial. En primer lugar, la Resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988 de la ONU señala — en su principio 20 — que, en caso de que la persona privada de la libertad lo solicite, ha de permanecer (de ser posible) en un lugar de detención situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual, esto con el objetivo de

¹³ CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. (14: 4-6 de marzo, 2008: Brasilia, Brasil). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, 2008. p. 9: “(22) La privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de los derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores. (23) A efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo”.

¹⁴ RIVERA, Iñaki. Derecho a estar en una prisión cercana al lugar de residencia familiar. En: PARES, Albert; RIVERA, Iñaki y GARCIA, Carlos. Personas privadas de la libertad y familiares. Consecuencias del alejamiento penitenciario. Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona & SIRECOVI, 2018. p. 53.

¹⁵ Resulta oportuno indicar que compartimos la premisa expuesta por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas consistente en que “las restricciones de derechos impuestas a los/as privados/as de libertad dan lugar a una situación en la cual suele afirmarse que tienen ciertos derechos suspendidos, junto a otros que gozan en forma plena y otros de forma limitada”. No obstante, en ninguna circunstancia es admisible la afectación al núcleo esencial de los derechos de las personas privadas de la libertad.

facilitar la reinserción social de la persona afectada con la medida privativa de la libertad, así como evitar una alteración injustificada de la esfera personal del recluso¹⁶ ¹⁷. En este instrumento, se plasma la garantía de la condición de preso preventivo o penado indistintamente.

De igual manera, se instituyen otra serie de garantías relacionadas con los presos y sus familiares. Veamos: **i)** principio 15: la persona presa o detenida tiene derecho a comunicarse con su familia; **ii)** principio 19: la persona privada de la libertad tiene derecho a ser visitada por su familia y a mantener correspondencia con ella contando con la oportunidad de comunicarse con el exterior; **iii)** principio 31: las autoridades deben asegurar asistencia a los familiares de las personas privadas de la libertad y deben procurar la tutela de los niños; **iv)** principio 33: cuando la persona privada de la libertad no cuente con la posibilidad de ejercer sus derechos en nombre propio, un familiar puede presentar, ante las autoridades competentes, una petición o recurso para la adopción de medidas correctivas en caso de que la persona detenida haya sido objeto de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; y **v)** principio 34: en caso de muerte o desaparición de una persona privada de la libertad, de oficio o por solicitud de un familiar, deben iniciarse las respectivas investigaciones para esclarecer las circunstancias. Otros instrumentos internacionales, como las “Reglas de Nelson Mandela”¹⁸ ¹⁹ y las “Reglas de Bangkok”²⁰ ²¹, le han otorgado amplitud al catálogo de derechos descrito.

En relación con los niños, las niñas y los adolescentes que sean hijos/as de personas privadas de la libertad, se debe advertir que la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 9, dispone que el niño cuente con el derecho a mantener relaciones personales y regulares con ambos padres salvo que

¹⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 43/173. (9, diciembre, 1988). Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

¹⁷ Al respecto, el profesor Iñaki Rivera afirma lo siguiente: “[es] fundamental [...] conseguir que el penado no pierda contacto con el medio comunitario en que estaba inserto en la vida en libertad”. Rivera, I. Op. Cit. p. 37.

¹⁸ ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 70/175. (17, diciembre, 2015). Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela).

¹⁹ La regla 59 contempla el derecho de los reclusos a ser internados en lugares de reclusión cercanos a su lugar de reinserción social o a su hogar. En la regla 106, se encuentra la obligación de velar por el mejoramiento de la interacción entre el recluso y su familia con el fin de generar un impacto positivo para ambos involucrados.

²⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 65/229. (16, marzo, 2011). Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

²¹ Si bien estas reglas fueron previstas para asegurar las garantías de la mujer principalmente, determinan, taxativamente, que las disposiciones aplicarán (en lo pertinente) para los hombres privados de la libertad, y manifiestan la necesidad de que la persona privada de la libertad esté ubicada en un centro de reclusión cercano al centro de reinserción social o de residencia de sus familias.

resulte perjudicial²². De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23.1, establece que la familia es el elemento esencial de la sociedad y debe ser protegida²³. Lo anterior indica la necesidad de plantear un **juicio de ponderación** con base en los derechos y garantías en conflicto que favorezca, en todo caso, el **interés superior del menor** cuando se traten de adoptar medidas relacionadas con el traslado de los reclusos.

Las Reglas Penitenciarias Europeas de 2006 señalan la necesidad (en caso de ser posible) de situar a los internos cerca de su domicilio o centro de reinserción social para garantizar el contacto regular de quien es privado de la libertad con su familia²⁴. Este derecho, previamente, había sido objeto de pronunciamientos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁵ en virtud de las prerrogativas contenidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos — en especial, en lo dispuesto en su artículo 8 —, lo cual denota la relevancia jurídica de la garantía señalada y su obligatoriedad de cumplimiento para el Estado²⁶.

Efectivamente, como se ha dicho, los núcleos de los derechos fundamentales no pueden ser afectados. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 5.2, garantiza el trato a los procesados de conformidad con los presupuestos de la dignidad humana²⁷; en adición, el artículo 19 determina que todo niño debe gozar de medidas de protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; y el artículo 27 asevera que, tanto la disposición del artículo 5, como la del artículo 19, **no pueden ser suspendidas en ninguna circunstancia**. En ese orden de ideas, como complemento al trato

²² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención internacional sobre los derechos del niño. 1989.

²³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200 A (XXI). (23, marzo, 1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁴ CONSEJO DE EUROPA. COMITÉ DE MINISTROS. Recomendación Rec (2006) 2. (11, enero, 2006). Reglas Penitenciarias Europeas.

²⁵ CONSEJO DE EUROPA. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. SECCIÓN II. Aplicación N° 25498/94. (28, septiembre, 2000). Estrasburgo: “[E]n efecto esta ha expresado claramente que, aunque cualquier detención regular comporta por su naturaleza una restricción a la vida privada y familiar del interesado, es, sin embargo, esencial para el respeto de la vida familiar que la administración penitenciaria ayude al detenido a mantener un contacto cercano con su familia próxima”.

²⁶ CONSEJO DE EUROPA. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. SECCIÓN I. Aplicación N° 61005/00. (15, junio, 2006). Estrasburgo. En ella, se puso de manifiesto que, a una persona privada de la libertad en prisión provisional, se le prohibió recibir visitas de sus familiares durante el término en prisión. En el análisis del caso, el Tribunal determinó lo siguiente: “[El Tribunal] no encuentra ningún elemento fáctico susceptible de justificar una negativa absoluta de visitas familiares, después de un período semejante de aislamiento; por consiguiente, no está convencido que la aplicación de una medida tan estricta sea verdaderamente indispensable para alcanzar las finalidades legítimas que se habrían de conseguir”. De lo anterior, se colige la inescindible relación entre una persona privada de la libertad y su familia en virtud de un trato digno, que no puede ser trastocada en un juicio de estricta ponderación.

²⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos. (22, noviembre, 1969).

digno, debe observarse la Resolución 39/46 del 10 de diciembre de 1984 de la ONU²⁸ en la medida en que — como bien señala el profesor Iñaki Rivera — si una persona es privada de la libertad y “alejada de sus lazos afectivos y sociales, sin duda, constituye o bien una tortura mental, psico-social, o bien un trato que debe ser calificado de cruel, inhumano o degradante y que tiene por finalidad un grado de castigo máximo”²⁹.

Del recorrido normativo señalado, debemos enfatizar en que la facultad de una persona privada de la libertad de estar cerca de sus familiares es un derecho fundamental, el cual no admite ninguna clase de suspensión. Por tanto, es deber de los Estados adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de dicha prerrogativa dignificante.

III. Contexto colombiano

En primer lugar, debe advertirse que el tratamiento jurídico internacional expuesto es aplicable en Colombia por vía de la figura del bloque de constitucionalidad, consagrada en el artículo 93 de la Carta Política de 1991. Hecha esta salvedad y, sin adentrarnos en los pormenores de la figura, se procederá con el contexto interno.

El panorama carcelario, según estadísticas oficiales del INPEC con fecha del 31 enero de 2018, es el siguiente: 123.078 personas se encuentran privadas de la libertad en centros de reclusión, pese a que la capacidad máxima se estima en 80.225 cupos carcelarios; por consiguiente, se presenta un porcentaje de hacinamiento del 53,4%, con una sobrepoblación de 42.853 personas privadas de la libertad. Al respecto, es pertinente destacar que existen centros de reclusión con más del 300% de hacinamiento, como por ejemplo el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario (E.P.M.S.) de Riohacha con un porcentaje de hacinamiento del 353%³⁰.

²⁸ ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 39/46. (10, diciembre, 1984). Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

²⁹ RIVERA, Iñaki. Op. Cit., pp. 33-34.

³⁰ INPEC. Estadísticas a julio 31 de 2019. [Consultado 02 de agosto de 2019]. Disponible en: http://www.inpec.gov.co/web/guest/estadisticas/-/document_library/TWBUJQCWH6KV/view_file/863169?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_TWBUJQCWH6KV_redirect=http%3A%2F%2Fwww.inpec.gov.co%2Fweb%2Fguest%2Festadisticas%2F-%2Fdocument_library%2FTWBUJQCWH6KV%2Fview%2F767956%3F_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_TWBUJQCWH6KV_redirect%3Dhttp%253A%252F%252Fwww.inpec.gov.co%252Fweb%252Fguest%252Festadisticas%252F-%252Fdocument_library%252FTWBUJQCWH6KV%252Fview%252F49294

Esta circunstancia, en Colombia, no es novedosa. De hecho, la situación deplorable de las personas privadas de la libertad, de la infraestructura carcelaria e, inclusive, de las condiciones de quienes trabajan en los centros de detención ha generado que la Corte Constitucional haya declarado, en sendas oportunidades, el estado de cosas inconstitucional (Sentencia T-153 de 1998, Sentencia T-388 de 2013 y Sentencia T-762 de 2015) y que haya señalado que la crisis del sistema carcelario refleja graves problemas en las fases de criminalización primaria, secundaria y terciaria. Por esto, la materialización última de justicia o de resocialización, bajo estas condiciones, se convierte en una utopía, lo cual genera graves afectaciones a la dignidad. Esta falta de correspondencia entre norma y realidad es la apertura al análisis jurídico sucesivo.

Las sentencias en donde la Corte Constitucional declara el estado de cosas inconstitucional coinciden sólidamente en revalidar la importancia de la dignidad humana en nuestro ordenamiento jurídico. La dignidad humana protege la condición inherente de todo ser humano por el hecho de ser sujeto racional y autónomo que percibe su propia voluntad; comprende presupuestos morales e ideales encaminados al respeto del ser humano, los cuales deben manifestarse en el proyecto de vida de éste y dentro de sus relaciones en sociedad. Es importante destacar que la Corte Constitucional, en Sentencia T-414 de 1992, aseveró que **“la dignidad humana es el valor supremo del Estado Social de Derecho”**³¹ (negrita fuera de texto). Posteriormente, dicha institución, en Sentencia T-881 de 2002, condensó las principales líneas jurisprudenciales construidas en torno a la dignidad humana³².

Con el objeto de abordar metodológicamente las líneas jurisprudenciales señaladas, metodológicamente, se exponen de la siguiente manera:

1. **Desde el carácter normativo** (Contenido Formal): **i)** la dignidad humana es un valor y constituye la base axiológica de todos los derechos; **ii)** la dignidad es un principio constitucional, entendido como un mandato de optimización; y **iii)** la dignidad es un derecho fundamental autónomo, lo que permite su protección concreta.

³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PRIMERA. Sentencia T-414. Expediente T-534. (16, junio, 1992). M.P. Ciro Angarita Barón.

³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA SÉPTIMA. Sentencia T-881. Expedientes T-542060 y T-602073. (17, octubre, 2002). M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

2. **Desde el Objeto de Protección** (Contenido Material): **i)** la dignidad humana es autonomía individual, lo que se traduce, concretamente, en la posibilidad de elegir un proyecto de vida; **ii)** la dignidad humana implica unas condiciones de vida cualificadas (condiciones materiales necesarias); y **iii)** la dignidad humana significa la intangibilidad del cuerpo y del espíritu, esto es, vivir sin humillaciones.

En consonancia con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SP 9477-2016, destacó lo siguiente: “En el Estado Social de Derecho que nos rige, la dignidad humana constituye pilar fundamental. Su reconocimiento implica que toda persona tiene el derecho a ser tratada con el respeto debido como ser humano en todos los ámbitos de su vida”³³.

En la actualidad, el tratamiento de las personas privadas de la libertad se rige por lo dispuesto en el Código Penitenciario y Carcelario — es decir, la Ley 65 de 1993, que fue modificada mediante la Ley 1709 de 2014 —, así como por lo dispuesto en la Ley 906 de 2004, la Ley 600 de 2000 y la Ley 599 de 2000. También, es relevante la mención del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, en donde se establece — en el numeral 6 — la obligación del Ministerio de Justicia de efectuar el seguimiento y evaluación de la política criminal, carcelaria y penitenciaria³⁴. Y, para el tópico que nos interesa en materia reglamentaria, bastará con señalar el Acuerdo 011 del 31 de octubre de 1995, por el cual se expide el Reglamento General al cual se sujetarán los reglamentos internos de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios, y que regula lo concerniente a las visitas.

Del marco normativo previsto, se ve cómo el papel de los jueces de ejecución de penas va de la mano con la actividad desplegada por el INPEC, por el USPEC y por el ICBF, entre otros. Frente a la facultad de traslado de condenados, el artículo 16 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 8 de la Ley 1709 de 2014, señala la facultad del director del INPEC para ordenar el traslado de recursos **siempre y cuando dé previo aviso a las autoridades pertinentes**³⁵. La Corte Constitucional, en Sentencia T-153 de 2017,

³³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP477.2016. Rad. 42129. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

³⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 489. (29 diciembre, 1998). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Diciembre, 1998. No. 43464.

³⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 65. (19 agosto, 1993). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Diario oficial. Agosto, 1993. No. 40999: “ARTÍCULO 16. ESTABLECIMIENTOS DE RECLUSIÓN NACIONALES. Los establecimientos de reclusión del orden nacional serán creados, fusionados, suprimidos, dirigidos y vigilados por el Inpec. El Inpec, en coordinación con la Uspec, determinará los lugares donde funcionarán dichos establecimientos. **Cuando se requiera hacer**

señaló que, si bien el INPEC cuenta con la posibilidad de trasladar a los reclusos, dicha facultad es de carácter relativo, pues debe mediar un juicio de ponderación que justifique la necesidad del traslado del recluso, así como el lugar al que será trasladado³⁶.

En previas oportunidades, la Corte Constitucional, en Sentencia T-111 de 2015, estimó que la persona privada de la libertad se beneficia interactuando con su familia durante el tiempo en el que permanezca recluso³⁷. En Colombia, la familia goza de protección constitucional; es por ello que el artículo 5 de la Constitución de 1991 establece que la familia es la institución básica de la sociedad. Es más, el artículo 42 reitera a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y desarrolla una serie de prerrogativas como la siguiente: “la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”³⁸. En Sentencia T-523 de 1992, la Corte Constitucional determinó lo siguiente:

[En] una concepción solidarista [...] se reconoce que la privatización [de las relaciones familiares] no puede llevarse hasta el punto de perjudicar a los sujetos más débiles o a la sociedad civil o perjudicar la estabilidad de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y la suerte misma de los niños, los cuales son titulares privilegiados de un interés jurídico superior. Una de cuyas manifestaciones es, hoy precisamente, el derecho constitucional prevalente a tener una familia y no ser separado de ella³⁹.

De hecho, los vínculos familiares y la importancia que de ellos se deriva para las situaciones de las personas privadas de la libertad resultan ser un tópico de constante pronunciamiento de la Corte Constitucional. En Sentencia T-589 de 2013, dicho órgano jurisdiccional reconoció el derecho a la unidad

traslado de condenados el Director del Inpec queda facultado para hacerlo dando previo aviso a las autoridades competentes” (negrita fuera de texto).

³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-153 de 2017: “El INPEC cuenta con la facultad de decidir acerca de los traslados de los internos entre los diferentes establecimientos carcelarios, atendiendo a criterios de seguridad, salubridad y dignidad humana. Sin embargo, dicha facultad es de carácter relativo y, por ende, las decisiones de traslado deben guardar proporcionalidad entre el estudio de la solicitud y la decisión y, bajo ningún motivo pueden transgredir garantías fundamentales, pues, de lo contrario, es procedente la intervención del juez de tutela en aras de restablecer los derechos conculcados por la autoridad carcelaria”.

³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA TERCERA. Sentencia T-153. Expediente T-5.826.502. (8, marzo, 2017). M.P. Alejandro Linares Cantillo: “La Corte ha resaltado la importancia de la presencia activa de la familia durante el periodo de reclusión, al considerar que la posibilidad de mantener comunicación oral y escrita con las personas fuera del penal conllevaría una reincorporación menos traumática, lo que se encuentra asociado además con otras garantías fundamentales como la dignidad humana, la libertad y la intimidad persona”.

³⁸ COLOMBIA. ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. (4, julio, 1991).

³⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PRIMERA. Sentencia T 523. Expediente 2598. (18, septiembre, 1992). M.P. Ciro Angarita Barón.

familiar al señalar lo siguiente: “Si bien el Inpec tiene la facultad de trasladar a los reclusos, ésta tiene como límite los derechos a la unidad familiar y a la protección especial de los niños. Es decir que cuando se toma la decisión de traslado se debe considerar si con ella se afecta el derecho de los niños a no ser separados de su familia, y en casi de ser así, el recluso debe permanecer en el lugar donde residen los niños”.

Por su parte, autores como Abaunza, Paredes, Bustos y Mendoza destacan que la labor de la Corte es una revalidación del contenido del artículo 42 de la Constitución Política; indican, a su vez, que ello, además de proteger la unidad familiar, asegura “el buen resultado del tratamiento penitenciario en cuanto a la resocialización del penado, lo que de suyo supone la dignidad del justiciable y la de su familia”⁴⁰.

IV. Reflexión final

El escenario de la privación de la libertad de los reclusos es preocupante. En Colombia, las condiciones de hacinamiento se tornan en una grave dificultad para garantizar la posibilidad de que los reclusos puedan encontrarse en establecimientos carcelarios y penitenciarios próximos a su domicilio o al de sus familiares. Sin embargo, ello no implica que sea una justificación para que el Estado desatienda sus deberes como autoridad; más bien, puede decirse que las exigencias legales, jurisprudenciales y doctrinales nos invitan al campo de la utopía, en la acepción de objetivo propuesto en el marco del Estado Social de Derecho, el cual, por supuesto, no admite prórrogas ni desatenciones⁴¹.

En ese sentido, es oportuno destacar la apreciación del profesor Iñaki Rivera, quien indica que el precepto constitucional resocializador mantiene una doble exigencia: i) favorecer el contacto activo entre la persona privada de la libertad y la sociedad y ii) evitar el desarraigo social⁴². Reprochamos el distanciamiento entre el marco normativo y las circunstancias reales de reclusión. Pareciera ser que el INPEC, a juzgar por la

⁴⁰ ABAUNZA, Carol; PAREDES, Giovanni; BUSTOS, Paola y MENDOZA, Mónica. Familia y privación de la libertad en Colombia. Bogotá: Universidad del Rosario, 2016. p. 29

⁴¹ GARCÍA, Carlos. Los traslados de presos no afectan sólo a cuestiones meramente organizativas, constituyen un importante medio para el ejercicio de determinados derechos fundamentales. En: PARES, Albert; RIVERA, Iñaki y GARCIA, Carlos. Op Cit. p. 56: “Y frente a esta argumentación falazmente aséptica, se encuentran las realidades sociales, personales y familiares de los presos, que nada, o muy poco, tienen que ver con lo organizativo: traslados de una ciudad a otra para ver a las madres o padres, a hermanas o hermanos, o a hijos o hijas, en ocasiones con pernocta en un lugar cercano al centro penitenciario. No todas las familias tienen las mismas posibilidades económicas, ni la capacidad personal para mantener la fidelidad de la visita semanal, y en innumerables ocasiones se deterioran las relaciones, y todo ello bajo una excusa meramente organizativa”.

⁴² RIVERA, Iñaki. Op. Cit. P.36

multiplicidad de intervenciones de la Corte Constitucional al respecto, no ejerce el juicio de ponderación respectivo para el traslado de las personas privadas de la libertad.

Se requiere con inmediatez que el Estado garantice la infraestructura necesaria, que los operadores jurídicos usen de forma racional la privación de la libertad en un centro de reclusión y, como función compartida de la autoridad judicial y administrativa, que se vele por la protección y garantía de los derechos de los procesados y sus familiares. Una cuestión de dignidad implica ejercer, a conciencia, el rol social a partir de presupuestos de alteridad. Por consiguiente, la justicia, como símbolo de humanidad, debe velar por el cumplimiento de las garantías de todo ser humano.

Bibliografía

ABAUNZA, Carol; PAREDES, Giovanni; BUSTOS, Paola y MENDOZA, Mónica. Familia y privación de la libertad en Colombia. Bogotá: Universidad del Rosario, 2016. 263 p.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200 A (XXI). (23, marzo, 1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 43/173. (9, diciembre, 1988). Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención internacional sobre los derechos del niño. 1989.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 65/229. (16, marzo, 2011). Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 70/175. (17, diciembre, 2015). Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela).

ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS — AIDEF. Guía para la defensa pública y la protección integral de los privados de la libertad. Derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Objeto de protección de la defensa pública. [Consultado: 03 de diciembre de 2018]. Disponible en: <http://relapt.usta.edu.co/images/AIDEF-guia-para-la-defensa-publica-y-la-proteccion-integral-de-los-privados-de-libertad.pdf>

COLOMBIA. ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. (4, julio, 1991).

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 65. (19 agosto, 1993). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Diario oficial. Agosto, 1993. No. 40999.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 489. (29 diciembre, 1998). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Diciembre, 1998. No. 43464.

COLOMBIA. CONGRESOS DE LA REPÚBLICA. Ley 599. (24 julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal. Diario oficial. Julio, 2000. No. 44097.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 600. (24 julio, 2000). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario oficial. Julio, 2000. No. 44097.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1709. (20 enero, 2014). Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Junio, 2014. No. 49186.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PRIMERA. Sentencia T-414. Expediente T-534. (16, junio, 1992). M.P. Ciro Angarita Barón.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PRIMERA. Sentencia T 523. Expediente 2598. (18, septiembre, 1992). M.P. Ciro Angarita Barón.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA TERCERA. Sentencia T-153. Expedientes T-137.001 y 143.950. (28, abril, 1998). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA SÉPTIMA. Sentencia T-881. Expedientes T-542060 y T-602073. (17, octubre, 2002). M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PRIMERA. Sentencia T-388. Expedientes T-3526653, T-3535828, T-3554145, T-3645480, T-3647294, T-3755661, T-3759881, T-3759882, T-3805761. (28, junio, 2013). M.P. María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PRIMERA. Sentencia T-589. Expediente T-3889380. (29, agosto, 2013). M.P. María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA SEXTA. Sentencia T-111. Expediente T-4587973. (25, marzo, 2015). M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA QUINTA. Sentencia T-762. Expediente T-3927909. (16, diciembre, 2015). Magistrada Sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA TERCERA. Sentencia T-153. Expediente T-5.826.502. (8, marzo, 2017). M.P. Alejandro Linares Cantillo.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP477.2016. Rad. 42129. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

COLOMBIA. INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC. CONSEJO DIRECTIVO. Acuerdo 0011. (31 octubre, 1995). Por el cual se expide el Reglamento General al cual se sujetarán los reglamentos internos de los Establecimientos Penitenciario.

CONSEJO DE EUROPA. Convenio Europeo de Derechos Humanos. (4, noviembre, 1950).

CONSEJO DE EUROPA. COMITÉ DE MINISTROS. Recomendación Rec (2006) 2. (11, enero, 2006). Reglas Penitenciarias Europeas.

CONSEJO DE EUROPA. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. SECCIÓN II. Aplicación N° 25498/94. (28, septiembre, 2000). Estrasburgo.

CONSEJO DE EUROPA. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. SECCIÓN I. Aplicación N° 61005/00. (15, junio, 2006). Estrasburgo.

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. (14: 4-6 de marzo, 2008: Brasilia, Brasil). *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, 2008. 23 p.

INPEC. Estadísticas julio 31 de 2019. [Consultado 02 de septiembre de 2019]. Disponible en: http://www.inpec.gov.co/web/guest/estadisticas/-/document_library/TWBUJQCWH6KV/view_file/863169?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_TWBUJQCWH6KV_redirect=http%3A%2F%2Fwww.inpec.gov.co%2Fweb%2Fguest%2Festadisticas%2F-%2Fdocument_library%2FTWBUJQCWH6KV%2Fview%2F767956%3F_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_TWBUJQCWH6KV_redirect%3Dhttp%253A%252F%252Fwww.inpec.gov.co%252Fweb%252Fguest%252Festadisticas%252F-%252Fdocument_library%252FTWBUJQCWH6KV%252Fview%252F49294

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos. (22, noviembre, 1969).

PARES, Albert; RIVERA, Iñaki y GARCIA, Carlos. *Personas privadas de la libertad y familiares. Consecuencias del alejamiento Penitenciario*. Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona & SIRECOVI, 2018. 66 p.

Paradoja Harrington en España

Juan F. Sánchez Otharán ⁴³

En España las conductas que atacan al medio ambiente se encuentran incluidas dentro del numerus clausus de delitos que pueden cometer las personas jurídicas. En efecto, la mayoría de los delitos contra ese bien jurídico serán ejecutados en ocasión del desarrollo de algún tipo de actividad con fin de lucro. En ese sentido, es pertinente realizar una evaluación de la función disuasoria de la sanción penal mediante las herramientas que otorga el análisis económico del derecho. Ese método parte de la teoría de la “elección racional”. Según esa teoría todos los sujetos realizarán actividades que logren una maximización en sus beneficios. Sin embargo, se ha descubierto que en el ámbito medioambiental se produce una paradoja por la cual las empresas actúan de forma “irracional” sobre cumpliendo con sus obligaciones legales.

Sumario

I. Introducción II. La paradoja Harrington o ¿por qué cumplen las empresas? III. Intentos de explicación del fenómeno IV. Reflexión final

I. Introducción

Desde el enfoque del análisis económico del derecho (en adelante AED) la comisión de un delito es producto de una decisión racional basada en la maximización de ganancias y minimización de costes⁴⁴. En ese sentido, los analistas económicos del derecho asemejan al castigo con el precio que el delincuente debe “abonar” por la fechoría cometida. Ese precio que representa el castigo dependerá de la magnitud de la sanción y de la probabilidad de que se torne efectiva.

⁴³ Abogado por la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires, Magister en Derecho Penal por la Universidad Austral de Argentina, Master en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Univ. Pompeu-Fabra y Uni. Barcelona. Master en Estudios Jurídicos Avanzados dictado por la UB. Ha realizado posgrado en Compliance, dictado por la Univ. Pompeu Fabra-Carlos III de Madrid-KPMG. Es Doctor por la Universidad de Barcelona, obteniendo la máxima calificación Cum Laude.

⁴⁴ Si bien existe mucha bibliografía sobre esta cuestión, propongo leer como contenido básico a la siguiente: POSNER, R. A. El análisis económico del Derecho, Fondo de Cultura Económica, 2013, México D. F., p. 350; BECKER, G. *Crime and Punishment: an Economic Approach*, en *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, Eds. BECKER, G./LANDES, M., NBER, 1974, p. 3 y ss.

En definitiva, este enfoque considera al delito como una actividad rentable cuando el beneficio obtenido por el delito sea superior al costo esperado por el autor. Sin embargo, en el ámbito medioambiental, pareciera que esta teoría no siempre se cumple. A continuación, se desarrollará muy brevemente este fenómeno en España.

II. La paradoja Harrington o ¿por qué cumplen las empresas?

Un fenómeno que llama la atención a los autores especializados es el alto cumplimiento de la normativa protectora del medioambiente por parte de las grandes corporaciones. Ello se debe a que, si nos atenemos estrictamente a lo que surge del modelo de disuasión basado en la teoría de la elección racional, no parece del todo racional acatar la normativa. Incluso en algunos casos existe un sobre cumplimiento de las normas, ya que la probabilidad de ser aprehendidos no es realmente alta y las sanciones parecieran no significar un gran costo en comparación con los patrimonios de algunas empresas. A este fenómeno de cumplimiento por parte de un gran número de empresas se le denomina paradoja HARRINGTON, en honor a quién lo advirtiera por primera vez.⁴⁵ En concreto, HARRINGTON advirtió que, en EE. UU., los estudios empíricos sobre el cumplimiento de las reglamentaciones ambientales, especialmente las referidas a la contaminación del agua y aire, han demostrado que: 1) para la mayoría de las empresas la frecuencia de vigilancia es bastante baja; 2) incluso cuando se descubren las infracciones, las multas u otras sanciones raramente se aplican en la mayoría de los estados; 3) sin embargo, se cree que las empresas cumplen una gran parte del tiempo.⁴⁶

Este fenómeno parece darse, también, en España. Para analizarlo, tomaremos como referencia el listado de las veinte empresas que realizan una mayor cantidad de emisiones de CO₂ según el informe realizado por el Observatorio de la Sostenibilidad⁴⁷. En efecto, según ese estudio, las veinte empresas que emiten

⁴⁵ Cfr. FAURE, M./SVATIKOVA, K. *Criminal or Administrative Law to Protect the Environment? Evidence from Western Europe*, en *Journal of Environmental Law*, vol. 24, 2012, pp. 253-286; ABBOT, C., *Enforcing Pollution Control Regulation. Strengthening Sanctions and Improving Deterrence*, Hart Publishing, 2009, Portland, p. 28.

⁴⁶ Cfr. HARRINGTON, W. *Enforcement leverage when penalties are restricted*, en *Journal of Public Economics*, 1988, vol. 37 (1), pp. 29-53. Ver también, HEYES, A., RICKMAN, N. *Regulatory dealing - revisiting the Harrington paradox*, en *Journal Of Public Economics*, Jun, 1999, vol.72 (3), pp. 361-378; VANDENBERGH, M. *Beyond Elegance: A Testable Typology of Social Norms in Corporate Environmental Compliance*, en *Stanford Environmental Law Journal*, 22, 2003, p. 127 ss.

⁴⁷ Observatorio de la Sostenibilidad, Responsabilidad de las grandes empresas energéticas e industriales de España en el cambio climático. Emisiones de gases de efecto invernadero de grandes empresas. GEI x EMP. CC17., informe basado en el Registro Nacional de Emisores, por una política inteligente de cambio climático; <www.observatoriosostenibilidad.com>

una mayor cantidad de CO₂ a la atmósfera en España son las siguientes: Endesa, Repsol + Petronor, Gas Natural Fenosa, Hidrocarbónico, ArcelorMittal, EON, Cepsa, Cemex, Iberdrola, Cementos Portland, Cementos Tudela Veguin, Central térmica Velilla del Río Carrión, Lafarge Cementos, Alcoa, Sociedad Financiera y Minera SA, Holcim España, BP Oil España, SAU, Fertilizantes, Dow Chemical Ibérica y Solvay.

Tabla 1: empresas españolas que más emisiones de CO₂ realizan. Cumplimiento normativo.

Repsol	<ol style="list-style-type: none"> 1) Política de salud, seguridad y medioambiente. 2) Informe de sostenibilidad.
Endesa	<ol style="list-style-type: none"> 1) Política de cumplimiento normativo penal y antisoborno. 2) Informe de sostenibilidad. 3) Principios generales para la prevención de riesgos penales.
Acelormetal	<ol style="list-style-type: none"> 1) Política ambiental. 2) Informe de sostenibilidad.
Cemex	<ol style="list-style-type: none"> 1) Declaración medioambiental. 2) Certificación AENOR del Esquema Europeo de Ecogestión y Ecoauditoría. 3) Política ambiental.
ALCOA	<ol style="list-style-type: none"> 1) Reporte de sustentabilidad.
Cementos Portland	<ol style="list-style-type: none"> 1) Política ambiental. 2) Memoria de sostenibilidad.
Gas Natural Fenosa	<ol style="list-style-type: none"> 1) Declaración medioambiental. 2) Código ético (4.15: Respeto al medio ambiente). 3) Criterios de gestión de activos nucleares. 4) Informe: Huella de carbono. 5) Certificado global del sistema de gestión ambiental.
Cementos Tudela	<ol style="list-style-type: none"> 1) Código de conducta: establece sistema de control para prevenir delitos.
CEPSA	<ol style="list-style-type: none"> 1) Código de ética y de conducta: p. 23: Protección del medio ambiente. 2) Política de salud, seguridad, medio ambiente y calidad (HSEQ).
Iberdrola	<ol style="list-style-type: none"> 1) Declaración Ambiental. 2) Informe de sostenibilidad.
E.ON	<ol style="list-style-type: none"> 1) Informe de sostenibilidad.
HCH	<ol style="list-style-type: none"> 1) Política de medio ambiente.

Holcim	1) Política de responsabilidad social corporativa. 2) Política medioambiental.
EDP	1) Principios de desarrollo sostenible
SOLVAY	Incluye en sus políticas un compromiso con el planeta.

Luego de analizar la documentación publicada por esas empresas en sus respectivas páginas web, podemos observar que todas, en principio, cumplen con las normativas vigentes. Asimismo, las veinte poseen una política ambiental y la mayoría asumen compromisos ambientales de todo tipo, participando y apoyando asociaciones e instituciones protectoras del medioambiente. También aparentan una gran transparencia sobre sus acciones. Para ello, la mayoría realiza informes sobre la sostenibilidad ambiental de la empresa.

En el cuadro anterior (tabla 1), podemos ver quince de las empresas que más emisiones generan en la atmósfera de España y, en la celda continua, las manifestaciones de cumplimiento con el que cuentan en la organización corporativa.

Tomando estos parámetros, y al solo efecto de considerarlos indiciarios, podríamos deducir que la paradoja HARRINGTON sucede también en España (al menos en el sector industrial que realiza grandes emisiones de CO₂).

Esta situación evidentemente deja abierta una interrogante: ¿por qué las empresas parecen cumplir más de lo previsto por la teoría?

La respuesta no es unívoca. Evidentemente, esta situación podría sugerir que el enfoque económico racional no responde completamente a la dinámica empresarial y su relación con el medioambiente. Pareciera, desde un punto de vista de disuasión puro, que las empresas que cumplen —o que lo hacen incluso por demás— con las normativas protectoras del medioambiente, lo hacen de manera irracional.

III. Intentos de explicación del fenómeno

Existen diversos intentos por explicar el fenómeno descrito en el punto anterior. Entre ellos, pueden destacarse los siguientes:

a) Teoría de la legitimidad: esta línea de pensamiento parte de la siguiente premisa: el modelo de “contaminador racional” puede ofrecer únicamente una visión parcial del comportamiento organizacional. En ese sentido, esta teoría sugiere que las organizaciones existen por el consentimiento de la sociedad a través de una especie de contrato social. Si la organización incumple ese contrato social, entonces su supervivencia se verá amenazada.⁴⁸

En concreto, podría afirmarse que habrá legitimidad cuando una condición o estado es congruente con el sistema de valores del sistema social más amplio del cual la entidad es parte. Cuando exista una disparidad, real o potencial, entre los dos valores de ese sistema, existe una amenaza a la legitimidad de la entidad.⁴⁹ Por ello, las organizaciones se preocupan por la legitimidad dado que es esencial para su supervivencia a largo plazo.

b) Licencia social y cumplimiento: otro argumento que suele utilizarse para explicar el fenómeno del cumplimiento por parte de las empresas incluso más allá de las obligaciones legales viene de la mano de una posible censura pública. En ese sentido, los grupos comunitarios y las organizaciones no gubernamentales juegan un papel importante como grupos de presión para las empresas con el objetivo de que reduzcan sus impactos sociales adversos. Por ello, se trata de actuar conforme a una “licencia social”, ello significa que están obligados a cumplir expectativas de la sociedad y evitar actividades y conductas que las sociedades consideran inaceptables. A esos fines, puede definirse la licencia social como las demandas y expectativas para una empresa originadas en los barrios, grupos ambientalistas, miembros de la comunidad y otros elementos de la sociedad civil circundante.⁵⁰

c) Normas internas: Mediante un marco conceptual de disuasión alternativo, VANDENBERGH propone incorporar, al tradicional binomio probabilidad de detección–severidad de sanción, la presencia de un tipo

⁴⁸ Cfr. EMERY, A./WATSON, M. *Organizations and environmental crime*, en *Managerial Auditing Journal*, 01 de agosto de 2004, Vol.19 (6), pp. 741-759.

⁴⁹ Cfr. DOWLING, J./PFEFFER, J. *Organizational legitimacy: societal values and organizational behavior*, en *Pacific Sociological Review*, vol. 18, N.º. 1, 1975, pp. 122-36.

⁵⁰ Cfr. GUNNINGHAM, N./KAGAN, R./THORNTON, D. *Social License and Environmental Protection: Why Businesses Go Beyond Compliance*, en *Law & Social Inquiry*, abril, vol. 29 (2), 2004, pp. 307-341. Señalan estos autores que incluso, en algunos casos, las condiciones exigidas por los «licenciantes sociales» pueden ser más estrictas que las impuestas por la regulación, lo que arroja como resultado medidas ambientales corporativas «más allá del cumplimiento», aún en circunstancias donde es poco probable que sean rentables. Estos mismos autores señalan que un buen ejemplo de esto es lo que sucede con las plantas de celulosa y pasta de papel. En un estudio en que se entrevistó a distintos gerentes de empresas de este rubro, la mayoría estuvo de acuerdo en que la presión social era determinante en su actividad. Así, por ejemplo, cuando una empresa se enfocó principalmente en el uso de cloro como agente blanqueador, las comunidades a menudo han hecho que el control del olor y otros problemas estéticos sean parte de las licencias sociales y regulatorias de las fábricas de celulosa. Cuando en una entrevista se le preguntó a un funcionario de qué estaba más orgulloso del programa ambiental, la respuesta inequívoca fue: la reducción del olor.

de sanción que denomina «interna». Este autor parte de la premisa de la racionalidad de la toma de decisiones. De ese modo los costos y beneficios influyen en las intenciones del comportamiento de los individuos. En este marco, las sanciones formales son uno de esos costos percibidos. Sin embargo, el modelo de disuasión tradicional diferencia, por un lado, los costos percibidos de las normas externas (aquellos que surgen de las expectativas del individuo de que las sanciones sociales externas se impondrán si otros se enteran de la violación de la norma) y los costos que derivan de las normas internas (que surgen de la expectativa individual respecto de la culpa o vergüenza que sentirá por violar la ley).

Así, desde este enfoque, existen tres factores determinantes: el primero es el temor a las sanciones legales formales, que serían los costos comúnmente incluidos en el modelo de disuasión clásico. El segundo, el temor a las sanciones informales, es simplemente —según el autor— el miedo a las sanciones de normas externas; y el tercer factor consiste en el compromiso moral de cumplir con la ley (norma interna).⁵¹

Según el autor citado, una norma interna puede surgir cuando un individuo internaliza una estrategia o patrón de comportamiento como una obligación. Las normas internas también pueden ser inculcadas a través de contactos con familiares, amigos, grupos educativos y religiosos u otras organizaciones. Un individuo puede internalizar una norma ampliamente compartida y ejecutada por otros, y en ese caso la norma puede funcionar tanto a través de sanciones internas como externas.⁵²

IV. Reflexión final

Pareciera que, en el ámbito medioambiental, la prevención de delitos en el sector empresarial no se logra únicamente con la amenaza de sanción. Como vimos anteriormente existen factores que impulsan a las empresas a cumplir por demás con las exigencias legales. Y ese sobre cumplimiento no es el resultado del temor al castigo ni a la alta probabilidad de condena.

⁵¹ Cfr. VANDENBERGH, M., op. cit., pp. 67-68.

⁵² *Ibidem*, p. 69. Un buen ejemplo de esto es el estudio realizado por KUPERAN /SUTINEN, *Blue water crime: deterrence, legitimacy, and compliance in fisheries*, en *Law and Society Review*, 1998, pp. 309-338, en relación con la disuasión de la actividad pesquera. Los autores advierten que el sistema de disuasión clásico no funciona como un predictor correcto de la conducta de los pesqueros ya que la probabilidad de aprehensión de aquellos que pescan de forma ilegal es muy baja. De acuerdo con el enfoque de la disuasión beckeriano, la predicción indica que los pescadores incumplirán la norma, ya que es lo que resulta racionalmente más beneficioso desde un punto de vista económico. Sin embargo, los investigadores observan que una alta proporción (de 50 % a 90 %) de los pescadores normalmente cumplen con las regulaciones. Los autores citados encuentran una explicación al cumplimiento en el sentido de obligación moral, que expresa la obediencia hacia un conjunto de reglas y que es común a toda la sociedad. Así, los individuos tenderían a cumplir la ley en la medida en que la perciben como apropiada y consistente con sus formas internalizadas.

Evidentemente, como señala MIRÓ, la norma penal no solo se manifiesta como una amenaza que influye en el comportamiento humano; sino que tiene otro efecto comunicativo relacionado con las motivaciones conductuales humanas, como las creencias morales y la pertenencia a un grupo social.⁵³ Así, señala el autor citado que «la norma penal no es solo una amenaza, sino la expresión del modelo de conducta socialmente adecuado y revestido de legitimidad formal y, usualmente, material. Y al tipificarse una conducta y adscribirse a ella una pena, siempre que eso se haga desde un sistema legítimo y en correspondencia con las intuiciones de justicia generales, se está comunicando a las personas que ese comportamiento es considerado por la sociedad como un modelo de conducta no válido, activándose, así, tanto el mecanismo de influencia social como el de la legitimidad moral».⁵⁴

En consecuencia, traspasando estas ideas (junto con lo visto en puntos anteriores) al ámbito empresarial, cuando se piense en un modelo de prevención de delito medioambiental, no debería tenerse únicamente en cuenta la sanción esperada y su eventual probabilidad de efectivizarse en la realidad (aunque sea uno de los factores más importantes a la hora de evaluar el efecto disuasivo de la pena), sino que debe destacarse y evaluarse, también, el contexto y circunstancias sociales y morales en que la actividad se desarrollará.

Bibliografía

ABBOT, C.: *Enforcing Pollution Control Regulation. Strengthening Sanctions and Improving Deterrence*, Hart Publishing, 2009, Portland.

BECKER, G.: *Crime and Punishment: an Economic Approach*, en *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, Eds. BECKER, G./LANDES, M., NBER, 1974.

DOWLING, J./PFEFFER, J.: *Organizational legitimacy: societal values and organizational behavior*, en *Pacific Sociological Review*, vol. 18, N.º. 1, 1975.

EMERY, A./WATSON, M.: *Organizations and environmental crime*, en *Managerial Auditing Journal*, 01 de agosto de 2004, Vol.19 (6).

FAURE, M./SVATIKOVA, K.: *Criminal or Administrative Law to Protect the Environment? Evidence from Western Europe*, en *Journal of Environmental Law*, vol. 24, 2012.

⁵³Cfr. MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena ante el “paso empírico” del derecho penal», *Revista General de Derecho Penal*, Ed. Iustel, n.º 27, mayo, 2017.

⁵⁴*Ibidem*.

GUNNINGHAM, N./KAGAN, R./THORNTON, D.: *Social License and Environmental Protection: Why Businesses Go Beyond Compliance*, en *Law & Social Inquiry*, abril, vol. 29 (2), 2004.

HARRINGTON, W.: *Enforcement leverage when penalties are restricted*, en *Journal of Public Economics*, 1988, vol. 37 (1).

HEYES, A., RICKMAN, N.: *Regulatory dealing - revisiting the Harrington paradox*, en *Journal Of Public Economics*, Jun, 1999, vol.72 (3).

KUPERAN K. / SUTINEN J.: *Blue water crime: deterrence, legitimacy, and compliance in fisheries*, en *Law and Society Review*, 1998.

MIRÓ LLINARES, F.: La función de la pena ante el “paso empírico” del derecho penal, *Revista General de Derecho Penal*, Ed. Iustel, n.º 27, mayo, 2017.

OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD, *Responsabilidad de las grandes empresas energéticas e industriales de España en el cambio climático. Emisiones de gases de efecto invernadero de grandes empresas. GEI x EMP. CC17., informe basado en el Registro Nacional de Emisores, por una política inteligente de cambio climático*; <www.observatoriosostenibilidad.com> (visto por última vez el 16/04/18).

POSNER, R. A.: *El análisis económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 2013, México D. F.

VANDENBERGH, M.: *Beyond Elegance: A Testable Typology of Social Norms in Corporate Environmental Compliance*, en *Stanford Environmental Law Journal*, 22, 2003.

