

# La investigación y la prueba de contexto como elementos de política criminal para la persecución del crimen organizado\*

*Investigation and evidence of context as elements of criminal policy for the prosecution of the organized crime*

*A investigação e a prova de contexto como elementos de política criminal para a persecução ao crime organizado*

Fecha de recepción: 2019/02/04 | Fecha de evaluación: 2019/05/30 | Fecha de aprobación: 2019/06/19

## Luis Orlando Toro Garzón

Doctor (c) en Derecho Procesal Contemporáneo  
Abogado y docente investigador, Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal,  
Universidad de Medellín  
Medellín, Colombia  
ltoro@udem.edu.co

## Mónica María Bustamante Rúa

Doctora en Derecho  
Abogada y docente investigadora, Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal,  
Universidad de Medellín  
Medellín, Colombia  
mmbustamante@udem.edu.co

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:** Toro, L. & Bustamante, M. (2019). La investigación y la prueba de contexto como elementos de política criminal para la persecución del crimen organizado. *Revista Criminalidad*, 62(1): 101-115

## Resumen

El problema que aborda el artículo está directamente relacionado con la reflexión sobre cuál es la incidencia de la investigación y la prueba de contexto como elementos de política criminal para la persecución del crimen organizado. Se trazó como primer objetivo realizar una aproximación reflexiva a los conceptos de *crimen organizado*, *investigación de contexto*, *prueba de contexto* y *política criminal*, para luego desarrollar, como segundo objetivo, su interrelación desde su aplicación en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en el caso colombiano, desde el estudio de la modalidad investigativa de contexto y su prueba derivada. Como tercer objetivo se buscó establecer la viabilidad desde el ámbito legal y constitucional y con enfoque de

política criminal de la aplicación de esta Metodología y prueba de contexto para la persecución de la criminalidad organizada como estrategia de respuesta estatal. El enfoque investigativo es cualitativo, que comprende investigación exploratoria, descriptiva, analítica y propositiva. Como resultado principal se establece la necesidad de que la política criminal del Estado colombiano consolide la aplicación de la investigación de contexto y en especial que defina la forma en que sus productos serán incorporados en el acervo probatorio, esto es, si los resultados obtenidos en la construcción de contextos investigativos pueden recibir el tratamiento como medio de prueba autónomo con caracterización y denominación de prueba de contexto.

\* El artículo es producto de la tesis doctoral de Luis Orlando Toro Garzón titulada *Incidencias de la prueba de contexto desde los derechos y garantías procesales en el derecho probatorio contemporáneo - perspectiva comparada y jurisprudencial en el proceso penal*, desarrollada en el programa de Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, bajo la dirección de Mónica Bustamante Rúa.

## Palabras clave

Derecho procesal penal, delincuencia organizada, sistema probatorio, política criminal (Fuente: Tesouro de Política Criminal Latinoamericana - ILANUD), investigación de contexto, prueba de contexto (autor).

## Abstract

The problem addressed by the article is directly related to the reflection about what is the incidence of research and context evidence as elements of criminal policy to prosecute the organized crime. We drew as first objective to make a reflective approach to the concepts of *organized crime*, *context investigation*, *context evidence and criminal policy*, to then develop as a second objective, its correlation from its implementation in the Inter - American Court of Human Rights and, in the Colombian case, from the context investigation modality and its derived proof. As a third objective, we sought to establish the viability from the legal and constitutional scope and with a criminal

policy approach to the application of this methodology and context evidence for the prosecution of the organized crime as State's response strategy. The research approach is qualitative, which contains exploratory, descriptive, analytic and propounding research. As main result is the need for the criminal policy of the Colombian State to consolidate the application of the context investigation and, in particular, to define the way in which its products will be incorporated into the body of evidence, that is, if the results obtained in the construction of research contexts can be treated as an autonomous means of evidence with characterization and designation of context evidence.

## Keywords

Criminal Procedural Law, organized crime, probative system, criminal policy (source: Thesaurus of Latin American Criminal Policy - ILANUD), context investigation, context evidence (author).

## Resumo

O problema que aborda o artigo está diretamente relacionado com a reflexão sobre qual é a incidência da investigação e a prova de contexto como elementos de política criminal para a persecução ao crime organizado. Foi traçado como primeiro objetivo realizar uma aproximação reflexiva aos conceitos de *crime organizado*, *investigação de contexto*, *prova de contexto e política criminal*, para logo desenvolver, como segundo objetivo, a sua inter-relação desde a sua aplicação na Corte Interamericana de Direitos Humanos e, no caso colombiano, desde o estudo da modalidade investigativa de contexto e a sua prova derivada. Como terceiro objetivo buscou-se estabelecer a viabilidade desde o âmbito legal e constitucional e com

enfoque de política criminal da aplicação desta metodologia e prova de contexto para a persecução da criminalidade organizada como estratégia de resposta estatal. O enfoque investigativo é qualitativo, que compreende investigação exploratória, descritiva, analítica e propositiva. Como resultado principal se estabelece a necessidade de que a política criminal do Estado colombiano consolide a aplicação da investigação de contexto e em especial que defina a forma em que os seus produtos serão incorporados no acervo probatório, isto é, se os resultados obtidos na construção de contextos investigativos podem receber o tratamento como meio de prova autónomo com caracterização e denominação de prova de contexto.

## Palavras-chave

Direito processual penal, delinquência organizada, sistema probatório, política criminal (fonte: Tesouro de Política Criminal Latino-americana - ILANUD), investigação de contexto, prova de contexto (autor).

## Introducción

Las investigaciones de contexto y la prueba de contexto tímidamente empiezan a ser parte de la cultura jurídica en los escenarios procesales internos en el orden penal con soporte en la política criminal de los estados, especialmente como reflejo de la forma y la estructura con las que se trata el tema en las diferentes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros tribunales internacionales y de la base doctrinal que se suscita en cuanto a la flexibilidad probatoria. En el caso colombiano, las iniciativas de acceder a la forma probatoria de contexto han sido evidentes y con fines de dinamizar la respuesta estatal ante el crimen organizado, pero hasta el momento están truncadas por interpretación y estandarización de preceptos de supra protección constitucional de los derechos del acusado.

¿Cuál es la incidencia de la investigación y la prueba de contexto como elementos de política criminal para la persecución de crimen organizado? Es evidente que a pesar de la necesidad de claridad sobre el tema, no existe un estudio que sea comparativo, integrador y riguroso en cuanto a qué hacer con el crimen organizado desde la política criminal del Estado en el escenario actual, en el que las reglas y principios orientadores de la investigación penal y de la prueba usados por el cauce común que demarca la ley y la Constitución no han dado los resultados esperados, pues el crimen se fortalece día a día y se extiende de territorio a territorio en el orden nacional e internacional.

En el estudio sobresale la siguiente hipótesis: La política criminal, tal y como se orienta para la persecución del crimen organizado, es insuficiente en cuanto a resultados y fines de protección de la sociedad; por lo tanto, se requiere dinamizar aspectos como la investigación penal y flexibilizar el tratamiento de la prueba para mejorar la respuesta estatal. Desde este punto de vista, el objetivo del estudio y la reflexión académica se fundan en identificar la realidad del crimen organizado y focalizar experiencias comparadas de investigación y flexibilidad probatorias en busca de concretar sugerencias que sirvan para sensibilizar a la comunidad académica y jurídica hacia la aceptación de otras formas probatorias.

Desde esta realidad, la política criminal se asume como el conjunto de respuestas que el Estado debe dar frente a situaciones que comprometen la convivencia interna y externa por efectos derivados, para recuperar la armonía y lograr la protección social como fin fundamental. Al desarrollar los temas anunciados se llega a conclusiones de singular importancia, que si bien la prueba de contexto *prima*

*facie* resulte inaceptable bajo el entendido de que no se armoniza dentro de los fines y principios penales de salvaguarda de los derechos y garantías del acusado, especialmente en cuanto a la presunción de inocencia y el debido proceso en ruta de contradicción efectiva de la prueba, es inconveniente adoptar una postura estática e indolente con las víctimas y la sociedad ante organizaciones con capacidad de daño sostenido y diversificado territorialmente, como lo es el crimen organizado, y de grave afectación a la permanencia de la sociedad.

Por ello en función de la cosmovisión que se obtiene cuando se acude a experiencias como, por ejemplo, la del sistema interamericano, en el que la investigación de contexto y especialmente la prueba de contexto ya presentan desarrollos aunque no equiparables plenamente al ámbito penal, se adquiere el compromiso de postular la idea de que así como en otros escenarios, como en tribunales especiales de justicia transicional, la prueba se flexibiliza, también ante el crimen organizado y con carácter urgente se deben adaptar los principios y reglas de la prueba conforme al orden constitucional pero sin extremos pétreos.

## Método

El Método utilizado es exploratorio, descriptivo, analítico y propositivo con enfoque de investigación cualitativa, dado que se busca describir la investigación de contexto desde sus rasgos característicos en relación con la criminalidad organizada, así como analizar la conveniencia por política criminal y proponer la incorporación de la prueba de contexto como medio de prueba autónomo desde la delimitación de sus componentes básicos en armonía con los principios de presunción de inocencia y contradicción.

## El crimen organizado

### *Delimitación conceptual*

Hablar de crimen organizado es ingresar a un concepto de criminalidad no cotidiana o común, no individual o de respuestas delictivas espontáneas o casuales, es decir, la expresión *crimen organizado*, por denominación y aceptación en la cultura jurídica, es indicadora de empresa en el orden criminal, establecida con móviles delictuales definidos y con intencionalidad de provecho económico al margen de los ámbitos de legalidad.

El crimen organizado es un concepto lingüístico compuesto, que desde el punto de vista semántico

parece ser rutinario o de percepción simple para la sociedad en general; sin embargo, no lo es para los Estados, dado que esta forma de criminalidad está precedida de estructuras administrativas y de personas con capacidades de daño sostenido en el tiempo y el espacio y con modalidades delictivas diversas pero comunicadas frente al objeto de la organización ilegal, al punto que puede llegar a niveles de amenaza a la gobernabilidad de los Estados no solo del orden nacional, sino también transnacional.

El concepto de crimen organizado surge por primera vez en Estados Unidos en 1869 en un reporte de la New York Society for the Prevention of Crime. Este concepto se usó inicialmente para describir algunos rasgos de la mafia siciliana que se había desarrollado entre las comunidades de inmigrantes italianos en puertos como Nueva Orleans y Nueva York. El secreto y la jerarquía eran algunos de los signos iniciales de esta forma de crimen organizado. El estudio de la Cosa Nostra se volvió así el prototipo de las organizaciones criminales. (Chabat, 2010, p. 5).

Por su parte, para Zaffaroni (2009) el crimen organizado es “un concepto de origen periodístico, que nunca alcanzó una satisfactoria definición criminológica, pero que se trasladó a la legislación penal y procesal penal para aumentar el ejercicio del poder punitivo respecto de un conjunto de delitos no bien delimitados” (p. 262). Incluso en la actualidad se ha acuñado el término *crimen transnacional*:

El crimen transnacional generalmente involucra grupos o individuos asociados temporalmente, que operan bajo mecanismos autorreguladores. Su objeto es obtener lucro monetario o comercial por medios parcial o enteramente ilegales, dentro de ámbitos territoriales en jurisdicción de más de un Estado, a través de actividades que generalmente son complementadas y protegidas por el uso sistemático de la corrupción y los arreglos colusivos. (Pérez, 2007, p. 18).

Las definiciones anteriores denotan que el crimen organizado puede tener variables y divergencias según el interés con que el autor aborde su estudio. Para nuestro caso, el objeto de estudio se vincula con el efecto que puede causar a la sociedad y la respuesta de política criminal que debe asumir cada Estado para enfrentarlo con eficacia.

### *Caracterización del crimen organizado*

Desde el ámbito de acción y repercusión sobre los bienes jurídicos de protección penal, hoy se reconoce un crimen organizado de carácter nacional y de carácter transnacional, como escenarios de clasificación que distan del crimen común o sin organización.

Si bien existen muchas definiciones sobre lo que es crimen organizado, hay un consenso en que éste tiene al menos las siguientes características: (1) Actividades criminales de una naturaleza grave cometidas en una forma planeada con la perspectiva de obtener un beneficio; (2) una división del trabajo jerárquica de tipo empresarial y continua que incluye sanciones internas y disciplina; (3) el uso de violencia e intimidación real o implícita, y (4) el ejercicio de influencia sobre, o la corrupción de varios funcionarios electos y nombrados u otros pilares de control social y líderes de opinión dentro de la sociedad. Como características adicionales habría que recalcar que el crimen organizado es una actividad no ideológica, esto es, que no posee fines políticos sino fundamentalmente económicos y que, como una forma de proteger la estructura de la organización, dada su ilegalidad intrínseca, tiene una membresía restringida, la mayoría de las veces sobre una base de confianza étnica, geográfica o familiar (Chabat, 2010, p. 5).

En el “Digesto sobre Jurisprudencia Latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional” (2009, pág. 99) al analizarse el caso Perú en cuanto a recurso de habeas corpus promovido por Máximo Humberto Cáceda Pedemonte<sup>1</sup>, se afirma:

Quando el ilícito penal es cometido por una persona que, cual instrumento, actúa dentro de un aparato de poder organizado, que, como parte de su estrategia general, comete delitos o representa solo un ejemplo de un conjunto de conductas ilícitas similares, estamos frente a la existencia de un patrón de violaciones, lo que convierte a tal agrupación en una organización destinada a cometer delitos.

Lo anterior evidencia que el crimen organizado es objeto de estudio y atención no solo por su impacto interno, sino también por ser reconocido en el orden internacional como objetivo de alto valor para los Estados y las organizaciones internacionales fundadas en la seguridad global y la protección humana.

### *Dificultades para la investigación de los delitos en la criminalidad organizada*

Las Naciones Unidas, en el *Marco de análisis para los crímenes atroces* (2014), asocia el crimen organizado como entidades con respuesta delictiva de alta atrocidad y con la incapacidad de los Estados para su control, al concretar documentalmente:

<sup>1</sup> Exp. 1805-2005-HC/TC Lima. Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, sentencia del Tribunal Constitucional.

El riesgo de crímenes atroces puede aumentar con la incapacidad del Estado para prevenir estos crímenes. Un Estado protege a su población estableciendo marcos e instituciones que se rijan por los principios del estado de derecho y de la buena gobernanza. Sin embargo, cuando estas estructuras son inadecuadas o simplemente no existen, la capacidad del Estado para prevenir los crímenes atroces disminuye considerablemente. Como consecuencia, las poblaciones quedan a merced de las personas que pueden aprovecharse de las limitaciones o la disfunción de la maquinaria del Estado u optar por la violencia para responder a amenazas reales o percibidas. (Naciones Unidas, 2014, p. 12).

El escenario colombiano no es ajeno a estas debilidades estatales en cuanto al deber incumplido de respuestas oportunas y eficaces para contrarrestar estas organizaciones. La Fiscalía General de la Nación, como institución encargada de la investigación penal en reconocimiento a las dificultades para cumplir con su misionalidad constitucional, ha venido proyectando reformas procesales en busca de fortalecer las capacidades de acción institucional ante el crimen de esta magnitud y se ha orientado por otras Metodologías relacionadas con las dinámicas investigativas y el tratamiento de la prueba. Sin embargo, ya sea por falta de apoyo legislativo, por criterios doctrinales de resguardo a los derechos clásicos del imputado o por falta de una política criminal que se rediseñe para la persecución y el desmantelamiento de las organizaciones criminales, la situación de criminalidad sigue en aumento con graves consecuencias en el contexto nacional e internacional.

### *Política criminal y crimen organizado*

No se cuenta con un concepto unívoco sobre lo que se entiende por política criminal; no obstante, esta expresión compuesta, desde el lenguaje técnico en el ámbito jurídico, está relacionada con criterios establecidos a partir de informaciones y antecedentes de impacto al ser humano como eje fundamental de amparo y a la convivencia ciudadana, que sirven de fundamento para la toma de decisiones estatales. En la sentencia C-936 de 2010, la honorable Corte Constitucional de Colombia definió la política criminal como:

el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerles frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido asimismo que la política criminal puede ser articulada por el legislador a través de la expedición de normas. En este sentido, indicó que “la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado” y que “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados se plasma en el texto de la ley penal”. Asimismo, se precisó que “la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma” (Corte Constitucional, 2010).

Por lo anterior, es evidente que la política criminal produce insumos esenciales de orientación y decisión para que el Estado, con todas sus capacidades administrativas y judiciales, se manifieste a través de normas penales o formas de gobierno jurídico con las cuales pueda hacerle frente al crimen en la modalidad de prevención, corrección y tratamiento penitenciario. En el caso del crimen organizado, no se consideran suficientes la codificación, la tipificación de agravantes, los aumentos punitivos o la restricción de subrogados penales, pues además de ello se deben fortalecer las políticas para la investigación de los delitos que se derivan de esta criminalidad y que revisten complejidades probatorias.

Ferrajoli se pregunta “¿Cómo ha reaccionado el sistema penal a la nueva carga de funciones y responsabilidad derivadas del cambio de la cuestión criminal? ¿Qué balance podemos hacer de la función penal hoy en día, en nuestros países?” (2006, p. 307). Frente a estos interrogantes concluye que el balance es negativo, y por ello reflexiona sobre la respuesta adecuada en cuanto a la mutación que debe sufrir el derecho penal para estar a la altura de los nuevos desafíos de la globalización del crimen.

## *Investigación y prueba de contexto en la criminalidad organizada*

### *Investigación de contexto*

La investigación de contexto es una Metodología de búsqueda de información relevante al orden penal o en relación con este; igualmente, es una más de las iniciativas concebidas desde la política criminal del Estado que busca el diseño adecuado para el impacto a las estructuras criminales organizadas, pues si bien es cierto que tiene enormes diferencias con la justicia negociada o premial, con la justicia restaurativa o con el principio de oportunidad, el objetivo es el mismo en cuanto a desarticular, castigar y desestimular

con decisiones oportunas y con menos desgaste de recursos logísticos y humanos a tales estructuras criminales, para generar además de ello estabilidad social, legitimidad, seguridad y justicia, propósitos que contemporáneamente se muestran difusos y en grado importante de incertidumbre por la falta de eficacia de los organismos de investigación.

Hay varias concepciones de la investigación de contexto como una categoría del proceso penal. Para Bernal Pulido (2015a) son tres las formas de entenderla y han sido las que en distintos momentos ha determinado la Fiscalía General de la Nación.

En el primer momento, la investigación de contexto aparece en la Resolución 1810 de 2012, consiste, según Bernal Pulido (2015a), en un nuevo paradigma de investigación y un nuevo modelo de gestión judicial de la investigación penal que deja de contemplar separadamente cada hecho y que, *a contrario sensu*, implementa una forma de investigar que facilita estrategias para “combatir, de manera eficaz, los diversos fenómenos delincuenciales atribuibles a organizaciones delictivas” (Fiscalía General, 2012a).

En un segundo momento, la investigación de contexto aparece ligada a la estrategia de priorización de la investigación criminal de la Fiscalía General de la Nación y se relaciona con esta Metodología de investigación, en la medida que es “la tarea de dilucidar el funcionamiento de los elementos de la maquinaria delictiva” (Bernal, 2015a, p. 55).

Ya en un tercer momento, la investigación en contexto aparece expresada en el documento Innovación en la Investigación Penal. Informe de Rendición de Cuentas 2012-2013 (Fiscalía General de la Nación, 2013), consiste en ver la investigación de contexto como una ruta metodológica para el establecimiento de la verdad acerca del crimen. Dicha ruta puede ayudar en la consecución y la interpretación correcta de las pruebas, pero, según la concepción que de ella tiene la Fiscalía, eventualmente podría convertirse en prueba.

Como se detalla, las investigaciones de contexto son una realidad desde el punto de vista de la persecución criminal internacional frente a los denominados crímenes de sistema, entendiendo que son aquellos con capacidad de daño colectivo y con niveles de alto riesgo para la subsistencia de la humanidad. Martínez (2017), en alusión a Herbert Jager, afirma que para este son recurrentes los escenarios indicativos de investigaciones especiales, robustecidas por la necesidad de protección y reparación, ante el impacto de los delitos a la humanidad con naturaleza de sistema. El autor asocia la Metodología de contexto como fundamento de las estrategias investigativas de

estos crímenes de sistema en directa relación con la denominada doctrina de la macrocriminalidad.

Para el caso, Martínez (2017) cita los antecedentes de tribunales con poder de investigación y juzgamiento que se han debido instalar con competencia especial y con Metodologías de tratamiento de la investigación y de la prueba en órdenes de excepción y transitoriedad, buscando clarificar y resolver sobre crímenes de impacto interno y global. No obstante, se denota que la expresión ‘contexto’ no tiene allí identificación o caracterización propia. Al respecto se identifican las siguientes jurisdicciones desde las cuales se puede explorar el origen y el uso de lo que contemporáneamente se conoce como ‘investigación de contexto’:

- El Tribunal de Núremberg (1945)
- El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) (1993)
- El Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente o Tribunal de Tokio (1946-1948)
- El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (1993-2016)
- El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994-2016)
- El Tribunal Especial para Sierra Leona (2000-2016)
- El Tribunal Especial para Camboya (2006-2016)

Por ello, según el criterio de Martínez (2017), se apuesta por una clara diferenciación en el ámbito de las investigaciones penales comunes y las investigaciones especiales, con apoyo en los lineamientos de investigaciones internacionales por crímenes del sistema:

Las técnicas de investigación de los crímenes del sistema difieren de las utilizadas en delitos ordinarios. La labor del fiscal en la investigación y la presentación de la mayoría de los crímenes normales pueden equipararse a la del director de una película, cuya tarea consiste en describir claramente cómo sucedió un hecho determinado y cuyo principal interés es describir la comisión de un acto criminal concreto. Cuanto más clara sea la descripción, más fácil será para el tribunal determinar la responsabilidad. En cambio, la investigación de crímenes del sistema exige un enfoque más cercano al de un ingeniero. La tarea no se limita a describir la ejecución del acto criminal, sino que debe dilucidar el funcionamiento de los elementos de la maquinaria (Martínez, 2017).

### La prueba de contexto

La prueba de contexto se entiende como una expresión probatoria no desde el instrumento, es decir, medios de prueba o medios de conocimiento,

pues estos se mantienen en el mismo nivel de enunciación legal, sino en relación con las fuentes de donde emergen (contextos investigativos priorizados), y con la actividad diseñada, desarrollada y articulada desde ámbitos delictuales para descubrir, identificar y recoger información probatoria que pueda ser admitida, valorada y ser fundamento de decisiones con consecuencias colectivas y no individuales de responsabilidad penal.

Para mayor claridad de lo que es prueba de contexto con soporte en lo práctico, a continuación se relaciona este concepto con la investigación de contexto acudiendo a las experiencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la experiencia conceptual colombiana, sin desconocer que de acuerdo con la doctrina aportada por Barbosa (2015), el contexto tiene también Referencias prácticas en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que corresponde a la investigación, mas no a la prueba.

### *Investigación de contexto y prueba de contexto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los procesos que ha impulsado por violaciones a los derechos humanos, ha valorado el indicio como medio de prueba principal y suficiente en la declaración de responsabilidad contra los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. Precisamente en el uso y la connotación que le ha dado a la prueba indiciaria se ha configurado la prueba de contexto como prueba autónoma, lo cual es posible identificar en la sentencia del caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* como fallo inaugural de la actividad de la Corte. Aunque en dicha sentencia no se menciona en forma específica la prueba de contexto, esta es desarrollada con la posibilidad de identificar sus elementos estructurales. En esta sentencia y en otros pronunciamientos de la Corte, el contexto aparece como materialización de la prueba indiciaria. Así lo señala Luisa Castañeda (2011):

Se afirma que la prueba indiciaria en el Sistema Interamericano se ha obtenido a partir de la creación de un contexto, en el cual se consideran unas situaciones fácticas que permiten atribuirle en el marco de la jurisdicción interamericana la responsabilidad internacional a un Estado, como consecuencia de una conducta: acción u omisión violatoria de los derechos humanos.

En este escenario el contexto de prueba aparece como un indicio, pero el tema al que se dirige no es la circunstancia específica y lógica de un crimen en particular, sino las condiciones estructurales que

desde el punto de vista histórico (y por ende más general y abstracto que en un juicio a personas individuales), sociológico, político, etc., permiten inferir razonablemente y sin duda que fue una acción u omisión estatal la que propició una violación de derechos humanos.

Al estudiar el enfoque de la prueba desde el proceso transnacional en su relación con la Metodología de contexto, y con apoyo en lo descrito por Gozáini (2016), se evidencia que la prueba en el proceso transnacional descubre un derecho diferente a la certidumbre que conforma un proceso civil o a la responsabilidad de condenar en el proceso penal cuando hay dudas razonables. Por ello la Jurisdicción Interamericana de Derechos Humanos, por vía de principio, no puede torcer los hechos ni variar las reclamaciones, pues lo afirmado debe ser confirmado, y en materia de derechos humanos la misión no es dar satisfacciones individuales, dado que hay un conglomerado de hechos y personas que están detrás de las víctimas que obliga a tomarlos en cuenta (Gozáini, 2016, p. 272).

El contexto es la materialización del indicio, pues se constituye de hechos que no son los de directa violación, sino que rodean la violación y están íntimamente relacionados con ella en cuanto la provocan o la posibilitan. En este punto, el contexto comparte la naturaleza del indicio en la medida que se constituye en prueba indirecta y no goza por lo tanto de la observación directa del juez, pero que no por ello debe ser excluido dada la importancia de los elementos de juicio que aporta a las condiciones que rodean los hechos objeto del debate probatorio.

En la Corte la prueba de contexto ha tenido al menos tres finalidades que dan cuenta de la concepción que sobre ella se ha tenido no solo como prueba, sino también como criterio auxiliar de la investigación. Las tres finalidades son como prueba de violación de derechos humanos, para determinar patrones sistemáticos y para determinar la existencia de delitos de lesa humanidad (Fajardo, 2015, p. 310).

En cuanto al primer fin, la Corte ha usado el contexto como prueba de la violación de derechos humanos en la que han participado Estados nacionales, y en estos casos ha verificado ante todo la existencia de una "situación generalizada" de ocurrencia de ciertos hechos (Fajardo, 2015). Esa puede ser considerada una de las principales características estructurantes del contexto como prueba judicial, y es que con este debe quedar demostrada una situación generalizada. En este sentido, el contexto prescinde de demostrar la casuística como aspiración de la prueba para pasar a probar una situación mucho más general y reiterativa.

En la siguiente faceta del contexto, la Corte pretende demostrar, además de la generalidad, la sistematicidad, esto es, que los hechos no solo se repiten una y otra vez, sino que guardan un patrón en su repetición que responde a un criterio de sistema, el cual a su vez permite identificar las similitudes que se presentan entre cada caso y el universo de estos.

Y en la tercera faceta, la Corte Interamericana une los dos elementos anteriores (generalidad y sistematicidad) a fin de determinar el grado de lesión que se genera a los derechos de la persona con una violación específica de los derechos humanos; por ello el contexto también habla de escalas de vulneración, dado que permite determinar niveles o grados de responsabilidad entre los diversos actores partícipes de la conducta o conductas objeto de sanción.

Los elementos que debe contener una prueba en contexto se identifican en el trabajo de Fajardo (2015), quien analiza la casuística de la forma de fallar de la Corte; de ese estudio de casos (sentencias) se pueden decantar los siguientes elementos de la prueba de contexto:

- a) *El señalamiento de un posible patrón de una práctica violatoria de derechos humanos.* En el derecho interno se correspondería con el señalamiento de un patrón en una práctica violatoria de la ley penal, es decir, la indicación de un criterio sistemático en la comisión de delitos. Este primer elemento implica incluir un relato de los hechos históricos demostrados y la inclusión en dicho relato de las variables que permiten identificar la intervención de actores en un uso sistemático de prácticas atentatorias de derechos.
- b) *La prueba de dichos patrones sistemáticos de violación de derechos humanos en el caso de la Corte y de los delitos en el caso del ordenamiento interno.* Esta prueba debe aparecer probada por medio del análisis que un grupo interdisciplinario de expertos (suficientemente calificados) debe hacer acerca de la información recogida sobre las prácticas sistemáticas, y que puede estar soportada en diversos instrumentos de investigación, como documentos, registros gráficos, entrevistas y relatos de las personas que han participado en las situaciones objeto del contexto.
- c) *El encuadre de la situación concreta de vulneración de los derechos humanos o de la ley penal en la situación reiterada que el contexto logró probar.* Se trata de demostrar con absoluta claridad que el hecho objeto del debate procesal ocurrió en la escena y con ocasión de las situaciones reiteradas y sistemáticas de las que trata el contexto. Esta situación también tiene que aparecer documentada,

a efectos de que se pueda controvertir el señalamiento de hacer parte del contexto.

Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido al *modus operandi* como elemento de análisis frente a estructuras macrocriminales o violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. De manera sintética en sus sentencias ha establecido:

- *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras:* Estableció el *modus operandi* como un criterio de análisis para determinar si había existido una desaparición forzada.
- *Caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala:* Estableció el concepto de patrón como la suma de prácticas violatorias masivas y sistemáticas de los Derechos Humanos, es decir, añadió un segundo concepto que es la continuidad.
- *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile:* La CIDH por primera vez utilizó el concepto de contexto como un elemento de prueba para imputarles responsabilidad internacional a los Estados.
- *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia:* La CIDH analizó el conocimiento de las estructuras de poder, las personas o grupos interesados o que se beneficiaron del crimen, es decir, no solo el análisis de un crimen de manera aislada, sino inserto en un contexto que proporcione los elementos necesarios para comprender su estructura de operación.
- *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia:* La Corte observa que si bien la masacre de Pueblo Bello ocurrida en enero de 1990 fue organizada y perpetrada por miembros de grupos paramilitares, aquella no habría podido ejecutarse si hubiere existido protección efectiva de la población civil en una situación de riesgo razonablemente previsible por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad del Estado.
- *Caso Masacre de El Mozote vs. El Salvador:* La CIDH incluye un nuevo elemento en el análisis y es la priorización dentro de las investigaciones macrocriminales y de violaciones sistemáticas de derechos humanos por parte de los aparatos judiciales internos de los países respectivos.
- *Caso Algodonero vs. México:* La CIDH, atendiendo a los criterios de la sana crítica, tuvo en cuenta las pruebas documentales, testimoniales y periciales y logró establecer aumento de homicidios de mujeres en la Ciudad de Juárez con evidencias de violencia sexual, discriminación y ausencia de investigación eficaz.

Desde el discurso doctrinal y la connotación jurisprudencial se desprende que la prueba en la jurisdicción interamericana se objetiviza y valora en función de develar hechos y derechos conculcados

de personas ausentes a la producción y al debate probatorio, pero conocidas desde los resultados investigativos. Por ello las sentencias de reparación no solo amparan a quienes postulan la acción, sino también a quienes se identifica bajo el criterio de flexibilidad probatoria.

### *Investigación de contexto y prueba de contexto en el caso colombiano*

La *investigación de contexto* en el caso particular de Colombia está regulada en la Directiva 0001 del 4 de octubre de 2012, emitida por la Fiscalía General de la Nación. Con esta disposición se crean, en consecuencia, unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se establece además un nuevo sistema de investigación penal paralelo al tradicional y de gestión. En esta Metodología de investigación se identifican los criterios perseguidos así:

(...) (i) Conocer la verdad de lo sucedido; (ii) evitar su repetición; (iii) establecer la estructura de la organización delictiva; (iv) determinar el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo y de sus colaboradores; (v) unificar actuaciones en la Fiscalía con el fin de esclarecer patrones de conducta, cadenas de mando fácticas y *de iure*; y (vi) emplear esquemas de doble imputación penal, entre otros aspectos. (Fiscalía General de la Nación, 2012b)

La Directiva 0001 dio lugar al denominado Manual de Análisis Contextual para la Investigación Penal en la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (Dinac) de la Fiscalía General de la Nación. En este manual se enuncia que el problema identificado por la Fiscalía como fundamento de la iniciativa de las investigaciones en contexto fue la imposibilidad de la entidad para hacer frente de manera eficaz a los crímenes de sistema y a la criminalidad organizada. En el manual se evidencian, además, los antecedentes factuales en cuanto a la tradición investigativa, los aciertos y desaciertos en la lucha contra el crimen, y los argumentos de complejidad y de orientación estratégica propuestos por la Fiscalía General de la Nación, donde se identifican tres ejes fundamentales, a saber:

- a) *El paradigma tradicional de investigación*. Se cita como antecedente que la guía orientadora de la gestión de la entidad ha sido el “paradigma tradicional de investigación, centrado únicamente en la resolución del caso concreto”, situación de la que se desmarca la Fiscalía para garantizar conexidad de acciones y mayor cobertura investigativa.
- b) *Los límites estratégicos del paradigma tradicional de investigación*. Se indica que la vigencia del “modelo

actual de gestión de la Fiscalía General de la Nación... ha impedido que la actividad investigativa se enfoque hacia los máximos responsables de los fenómenos de macro criminalidad”. Como se ve, el argumento de justificación de la nueva versión investigativa son las capacidades de impacto a la criminalidad organizada como necesidad institucional, en busca de mejores resultados y menos desgaste desde el punto de vista logístico y humano.

- c) *La alternativa propuesta por la Fiscalía*. Desde las distintas alternativas posibles exploradas por la Fiscalía con acompañamiento de expertos, buscando el fortalecimiento del ente investigador y de sus resultados y la reducción del crimen organizado con afectación sistemática, se presentó como propuesta un sistema de investigación penal priorizado de contexto con un plan estratégico para “(i) hacer frente al fenómeno de masividad de los crímenes cometidos en el contexto de conflicto armado interno; y (ii) demostrar las conexiones existentes entre las diversas manifestaciones del crimen organizado y distintos estamentos de la sociedad colombiana” y un plano operativo para investigar conductas delictivas [ya] no como hechos aislados e inconexos, sino como el resultado del accionar de organizaciones delictivas dentro de un determinado contexto.

Con respecto a la dinámica investigativa innovadora, Henao afirma que esta Metodología es una estrategia de política criminal diseñada por la Fiscalía General de la Nación para mejorar la eficiencia en la investigación penal, tanto fuera como dentro del marco de la justicia transicional, sobre todo en lo concerniente a crímenes de sistema, estrategia que se pretende alcanzar con tres escenarios característicos, son ellos: interdisciplinariedad, priorización y construcción de contexto (2015, p. 29).

El análisis en contexto es un concepto amplio y general que trata de explicar el delito y sus consecuencias desde una perspectiva diferente al enfoque tradicional, al que solo le preocupan la responsabilidad individual, la sanción y el tratamiento penitenciario. Este nuevo enfoque y modelo incorpora la conducta criminal en relación con el espacio, el tiempo, las rutinas y patrones, con el propósito de estudiar la información útil para la prevención y la reducción del delito de manera integral y dinámica.

En la construcción de contextos, los analistas integran diversos elementos de información, tanto jurídicos como extrajurídicos, que les permiten conocer los delitos y a los delincuentes desde una perspectiva distinta a la manera tradicional como se venía investigando, dedicada a la investigación del caso

a caso. En esta nueva perspectiva se busca integrar los distintos elementos constitutivos de un delito para entender mejor a los delincuentes y ofrecerles a los jueces y fiscales una herramienta heurística de valoración probatoria.

### *Desde la prueba*

Por iniciativa de la Fiscalía General de la Nación, se propuso un tratamiento excepcional de la prueba identificada y recogida en las investigaciones en contexto, para evitar la tradición de presentación e incorporación de las pruebas. En ese sentido, en el proyecto de reforma a la Ley 906 de 2004 se indica: “Los productos de estos análisis podrán ser introducidos de manera individual o mediante prueba de contexto, las mismas facultades las tendrán la víctima y la defensa”.

Frente a esta iniciativa de prueba de contexto como producto estratégico de búsqueda de la dinamización de la justicia penal, los conceptos en general han estado orientados al rechazo de la iniciativa, lo que indica que las posturas doctrinales prefieren la tradición probatoria, aunque no es eficaz, y propugnan un estatismo en el trato de la prueba, ignorando desde este escenario la diversificación y masificación del crimen, su capacidad de daño al ser humano y la poca efectividad de las acciones y resultados apoyados en la gestión clásica e individualista de la actividad y la fuente de prueba.

Fajardo (2015, p. 300) afirma que en el contexto se construye o reconstruye sin el rigor la prueba jurídica, que los testimonios, por ejemplo, son tomados al azar sin que sea requisito ni siquiera la identificación del testigo. Se trata de un Método extrajudicial de investigación cuyo resultado además difícilmente puede debatir la defensa debido a los recursos que se necesitan para construirlo y, en esa medida, también para refutarlo, con lo que el principio de igualdad de armas se verá socavado. De ahí que el contexto no pueda ser tenido como prueba directa en un proceso, y su valor deba restringirse a servir como criterio de investigación e interpretación de las pruebas.

Esta es una postura consecuente con el origen y el escenario en que se practican o adelantan las investigaciones de contexto, ello en procesos como el del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por eso, sin duda, para hacerlo extensible al crimen organizado se debe buscar la armonización entre las garantías como la defensa y la contradicción y la necesidad de respuesta y de protección social que le corresponden al Estado, en razón a que los entornos

de decisión y la consecuencia de estos son claramente diferenciables por su naturaleza.

En su columna de *Ámbito Jurídico*, que circula periódicamente en Colombia, Carlos Bernal (2015b) manifestó al respecto que el análisis de contexto es un instrumento valioso que puede cumplir de forma legítima la función heurística para orientar al investigador en la búsqueda de las pruebas. Sin embargo, su uso como prueba para la atribución de responsabilidad es inconstitucional, sobre todo porque viola la presunción de inocencia.

Al escribir sobre la prueba y la presunción de inocencia, Fernández López (2005, p. 108) subraya que la presunción de inocencia es una garantía procesal en contra de lo sostenido por una corriente doctrinal para la cual este derecho tiene incidencia en situaciones que vienen a denominar extraprocesales. Para esta corriente hay que distinguir entre la eficacia procesal y la extraeficacia procesal, lo que supondrá el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor en un hecho delictivo, mientras que la eficacia procesal se centraría en la imposición de la carga de la prueba a la acusación y en el establecimiento de determinadas reglas probatorias.

Tal como se evidencia, la postura doctrinal, aunque no amplia, tiene sentido crítico e interés de interpretación restrictiva en cuanto a la posibilidad de utilización autónoma de pruebas derivadas de contexto, al igual que ideales estatistas de conservación de la presunción de inocencia como prioridad constitucional y legal inamovible; además, se fundamenta en las reglas de igualdad de armas en el escenario de producción y contradicción probatoria. Sin embargo, carece de análisis sensibles al equilibrio requerido entre los derechos de los perpetradores de crímenes altamente nocivos, como los que emergen de las organizaciones criminales, y los derechos de las víctimas y de la sociedad local e internacional, lo cual no quiere decir o aceptar como necesario volver al derecho penal del enemigo o de castigo a costa de lo que sea, pues no se trata de un Estado edificado para la venganza penal, sino de un Estado constitucional de derecho, estabilizador desde el derecho de ciudadanos como lo postuló Jakobs en 1985.

En el legislador colombiano, la idea de prueba de contexto genera, asimismo, contradicciones y dudas de constitucionalidad al punto que la reforma al proceso penal impulsada en el año 2015 bajo el número 224 de la Cámara de Representantes, con el objetivo de institucionalizar la prueba de contexto, fue rechazada con soporte en los vetos inmanentes a la presunción de inocencia y con ello en la perspectiva de las demás garantías constitucionales como el debido proceso, el derecho de defensa, entre otros.

En la actualidad, desde este panorama crítico y conservador, la prueba de contexto está por fuera de cualquier posibilidad de ser llevada a los cauces del proceso penal común, a pesar de que no es lo mismo tratar el crimen de autor individual que el crimen de organización, del cual se desprenden innumerables aristas de acción y de categorías delictivas intratables con eficacia desde la Metodología tradicional.

### *Impacto criminal y prueba de contexto*

Mientras, por un lado, el diagnóstico y la evaluación de criminalidad, visibles a partir de los estudios intraestatales y los estudios por colaboración de las diferentes organizaciones de Estados (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–, Corporación Excelencia en la Justicia –CEJ, Buenas Prácticas para el Análisis Delictual de América Latina 2012, Comisión Europea para la eficacia de la Justicia, entre otras mediciones) generan síntomas de preocupación al punto de escucharse voces de consenso sobre la existencia de crisis de la administración de justicia y de alertas sobre la necesidad de reformas procesales de cercanía a la eficacia de las acciones de protección humana, por otro lado, tampoco se logra armonía en la hermenéutica constitucional en el ámbito de los derechos y garantías relacionados con los actores del sistema penal y las estrategias que debe movilizar el Estado a través de instituciones como la Fiscalía, la fuerza pública y los demás organismos de seguridad e investigación judicial, para reducir el crimen de alto impacto a niveles de control y de auspicio de convivencia.

Frente a esto es claro que la política criminal del Estado debe aportar datos objetivos y servir de inspiración para evolucionar a estrategias de administración judicial, de lo cual es fundamento inescindible la prueba como actividad y como instrumento de corroboración de hechos complejos, como los que fungen del actuar de las organizaciones criminales en sus distintas vertientes de acción intimidatoria y de financiación ilegal.

(...) Los cambios introducidos en materia probatoria han implicado una modificación radical en nuestras prácticas y, en general, en las distintas formas de discurso que hasta hace poco resultaban frecuentes en sede de los tribunales de justicia. Así, por ejemplo, por vez primera hemos tenido que lidiar de manera frontal con un estándar de prueba que pide a los jueces que *más allá de toda duda razonable* adquieran la convicción de que realmente se ha cometido el hecho por el que se acusa a un sujeto y, a la vez, que a éste le ha cabido participación culpable en aquél; o que los límites en

la valoración judicial de la prueba no se juegan en variables tales como la consistencia en lo que ha sido declarado por un cierto número de testigos, sino en la concordancia del discurso fáctico con el conocimiento científico, los principios de la lógica y las máximas de la experiencia. (Coloma *et al.*, pp. 4, 5)

Los cambios de paradigma, en este caso probatorios, suelen causar posturas de reproche en dimensiones eminentemente subjetivas, por ello en las reformas se debe prever que por lo regular los juristas y legisladores están propensos a estatizar la justicia y sus instituciones no solo por protección social, sino también por el temor a los fracasos desde las nuevas instituciones, lo cual implica esfuerzos académicos y políticos de apoyo para implementar nuevos esquemas, compatibles de acuerdo con la dinámica delincencial y la necesidad de protección ante realidades desbordantes como el aumento masivo de acciones delictuales que afectan todos los renglones sociales, económicos y de gobernabilidad.

No se desconoce, como bien lo refiere Vallejo (2011) respecto de la acción penal y las garantías, que el derecho penal siempre ha sido contradictorio desde su naturaleza misma, pues, por un lado, debe buscar su máxima eficacia a través de la represión, la prevención y el castigo, pero, por otro lado, debe llevar a cabo el cumplimiento de esa tarea respetando los derechos fundamentales y las garantías de los procesados (p. 143).

Igualmente dice Vallejo (2011) citando a Muñoz (2004) que esa doble función de represión y de respetar los derechos y garantías produce una tensión que amenaza con romperse en cualquier momento, casi siempre en beneficio de criterios de eficacia y seguridad.

Al referirse a la prueba en el proceso de criminalidad organizada, bajo el tema específico del régimen probatorio diferenciado en el contexto de la mafia italiana, Zampaglione es consecuente en afirmar que:

En 1992 en plena emergencia penal tras las masacres de la mafia e inspirado en aquella que se definió como la regla de no dispersión de la evidencia, el decreto Scotti-Martelli ha dado lugar a una verdadera y pro reforma en el sentido inquisitorial de la disciplina procesal.

En contradicción con las nuevas reglas del Código Penal promulgadas recientemente, este decreto ha introducido en nuestro Código de Procedimiento Penal el artículo 190 bis, que ha elevado a principio la exigencia de no dispersión de la prueba sobre la base de los conocidos pronunciamientos del Tribunal Constitucional dictados en oposición a las nuevas reglas sobre la formación del juicio en

virtud de la reforma del Código de Contratación Penal.

Para algunos de los crímenes indicados en el artículo 51 párrafo 3 bis del Código de Delincuencia Organizada Criminalizada, se cambiaron así los parámetros para ser inspirados por el juez para decidir sobre la admisibilidad o no de las pruebas. Sin embargo, incluso después de la interpolación todavía existen serias dudas sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión debido a las excepciones introducidas sobre el derecho a la libertad condicional y, específicamente, respecto del principio de adversidad, inmediatez y oralidad (se habla de régimen binario de las reglas de la prueba, la doble vía probatoria en nuestro sistema de procedimientos y su metamorfosis inevitable). (2016, pp. 119, 120)

Por otro lado, Lacoboni relaciona la legalidad de la prueba, el libre convencimiento del juez y el fenómeno de la prueba atípica, esto es, la prueba innominada desde el legislador, y afirma que “El problema de la aceptación de los medios de prueba, de acuerdo con la doctrina, no se refiere solo a la extrañeza de la prueba al tipo normativizada, sino también al Método de adquisición de la misma prueba” (2006, p. 43).

Lo antes enunciado es indicador de que la tradición de los medios de prueba respecto de sus formas de producción, presentación, el protocolo de práctica y las reglas de valoración son circunstancias de constante debate por los cambios necesarios en la dinámica interpretativa y adaptativa que requiere el derecho según la evolución social, lo cual se trata en el proceso con mayor preponderancia indiferente del área de la que se trate, eso sí sin desconocer que las exigencias de conservación de los núcleos garantistas para el derecho penal son mayores, dadas las consecuencias que se derivan de los pronunciamientos de los jueces y de las fórmulas penales aplicables desde el rigor trazado por el legislador.

Añade Lacoboni que el único criterio que debe guiar al juez es la efectiva utilidad de la prueba, y con ello se excluye el valor de que la prueba esté regulada en la norma o no, situación que no es otra que la dimensión del principio de libertad de la prueba atado a criterios de ordenación constitucional, que para nada pueden interpretarse como libre producción o posibilidad de valoración subjetiva, ello es, íntima convicción, y menos el establecimiento en el escenario de la libre valoración de la prueba a plenitud, pues los criterios de la sana crítica son precisamente conceptos universales de la valoración con pretensión de limitación al máximo de la arbitrariedad interpretativa y aplicativa de la prueba (2006. pp. 122, 123).

## Conclusión propositiva

En aceptación de la doctrina nacional e internacional, los sistemas procesales penales, y con ello los sistemas de tratamiento y valoración de la prueba, no pueden estar atados a la tradición como zona de confort por su aparente armonía constitucional, ignorando los cambios sociales, políticos y económicos que suceden, entre muchas razones, por el actuar delictivo y el fortalecimiento de la capacidad de acción y de daño de las organizaciones criminales. Ante ello, el proceso penal debe ser revestido de ductilidad de manera constante, no a cualquier precio, pero sí, al menos, con un análisis más razonado en cuanto a la sociedad y su bienestar en función de las condiciones particulares, como las del Estado colombiano, donde la cultura delictiva es de proporciones mayúsculas.

La realidad delictual que oprime a los Estados constitucionalizados también extiende sus efectos de desestabilización y victimización a la comunidad, por eso, en razón a los relacionamientos convencionales y con ello desde los dispositivos normativos de vinculación internacional, cada parte (Estado), desde la definición de política criminal, debe diseñar estrategias e implementar acciones drásticas que permitan devolver la armonía con la mayor celeridad y justicia posibles, sobre todo para restablecer los derechos conculcados a las víctimas.

Los principios y garantías con desarrollo convencional, constitucional y legal, si bien es cierto disciplinan la política criminal como eje de estudio y diagnóstico delictual y la interpretación y la aplicación normativa a casos particulares, también es cierto que deben ser dinamizados con relación a las realidades que aquejan a los ciudadanos, desde factores tan destructivos como la criminalidad organizada, que en el día a día asombran cada vez más con su demencial iniciativa de destrucción y muerte en escenarios de total desvaloración de la vida y la integridad de las personas.

Las organizaciones criminales de orden nacional y transnacional vienen en un aumento vertiginoso en cuanto al número de integrantes y a las capacidades de descomposición de la armonía incipientemente lograda tras siglos de confrontaciones. Por lo tanto, las investigaciones en contexto y la prueba de contexto se ven como plausibles para mejorar la eficacia de los entes de investigación del delito. No obstante, se debe limitar la arbitrariedad con reglas de naturaleza sustantiva y procesal de cara a la Constitución y a la Convención Americana de Derechos Humanos, pero no a través de normas con impedimentos sin sentido o de carácter restringido en extremo.

No puede ser posible que los pensamientos pétreos, en los que se escudan muchos de los doctrinantes y legisladores, se impongan ante la necesidad de cambiar esquemas de acción penal, de investigación criminal y de tratamiento de la prueba cuando razonablemente ha quedado demostrado que con las acciones ya esquematizadas de procesamiento penal y probatorio no se logra proteger a las personas y los bienes del continuo y peligroso asedio de las organizaciones criminales. La cultura del bien se desmorona a niveles drásticos y las oportunidades de eficacia penal se reducen con las acciones clásicas de persecución penal y con el tradicional esquema de investigación del delito caso por caso, pues se denota claramente que la pasividad estatal contribuye al fortalecimiento del crimen y al declive del buen comportamiento.

Las dinámicas investigativas desde el énfasis penal implican, por su naturaleza jurídica, el relacionamiento con las políticas públicas en cuanto a la seguridad como uno de los baluartes principales de la sociedad en función de su conservación. Por lo tanto, el cambio debe ser aceptado para mejorar la condición de los asociados del Estado.

La realidad de criminalidad supera los esquemas normativos que orientan la acción penal, por lo que tales esquemas se deben adecuar de forma responsable y con compromiso de los sectores académicos, jurídicos y políticos, sin presencia de idealismos o populismos de turno.

Es necesario crear de manera constante y poner en marcha alternativas de tratamiento del delito que sean amigables con la constitucionalización de derechos y garantías, pero a su vez la Constitución Política se debe interpretar desde los principios explícitos e implícitos en ámbitos de ponderación y no desde el culto a normas pétreas inadecuadas ante las nuevas realidades jurídicas que emergen por la evolución de la sociedad. En virtud de ello, el criterio de necesidad debe ser adaptativo.

Los medios de prueba, como instrumentos necesarios para la demostración, corroboración o reconstrucción fáctica, no pueden ser concebidos como estructuras estáticas ante los derechos y garantías constitucionales. Por el contrario, se deben integrar a los fines del Estado en procura de su mayor eficacia para la reducción del delito en todos los niveles, especialmente aquellos de gran impacto o producto del *modus operandi* macrocriminal o de sistema.

La investigación y la prueba de contexto como elementos de la política criminal colombiana para la persecución efectiva de la criminalidad organizada, de acuerdo al estudio planteado, inciden en la eficiencia investigativa y probatoria y en la consecuente

reducción de los índices de impunidad, lo cual conlleva contrarrestar el fortalecimiento o expansión de este tipo de organizaciones, las cuales constituyen contemporáneamente una grave amenaza para la seguridad ciudadana y la estabilidad de los Estados.

En ese sentido, la prueba de contexto debe ser admitida como medio de conocimiento o de prueba autónoma, pues con ella se demostrarían los patrones sistemáticos de criminalidad organizada para determinar la existencia de delitos de crimen organizado, entre ellos el concierto para delinquir y los delitos conexos con este. No obstante, el derecho de contradicción debe ser garantizado de manera plena en todos los estadios investigativos y de juzgamiento; para ello se propone como fundamental que los analistas de las diferentes disciplinas que construyen el contexto comparezcan como testigos de acreditación y bajo el principio de inmediación y bilateralidad de partes introduzcan toda la información anterior y derivada en el proceso de construcción de contexto y sus resultados.

Además, debe tenerse en consideración que desde el principio de la presunción de inocencia se debe garantizar el estándar legislativo de prueba para condenar; por ello no deben configurarse reservas o limitaciones hacia las partes en cuanto a conocer de manera oportuna la totalidad de la información relacionada con la investigación de contexto. Con todo, frente al principio de publicidad deberán ponderarse de acuerdo a cada caso las posibilidades de reserva de las audiencias para el público externo y medios de comunicación teniendo en cuenta los riesgos para la seguridad ciudadana y del Estado, y de la continuidad de otras investigaciones conexas o derivadas.

Conforme a lo expuesto, se propone para la construcción del 'contexto' como producto de análisis y con naturaleza probatoria un examen que integre los siguientes componentes: a) delimitación geográfica; b) tipo de comunidad; c) las generalidades de comisión de los delitos; d) la sistematicidad en las circunstancias de tiempo, modo y lugar; e) los patrones que también se conocen como similitudes, rutinas o *modus operandi*; f) las escalas de vulneración a los bienes jurídicos protegidos por tipología de delito (cuáles); y g) los niveles o grados de participación criminal.

Igualmente, se postula que los instrumentos para la recolección de la información primaria que permite la construcción del 'contexto' sean informes de investigadores de campo, entrevistas, elementos materiales de prueba y evidencias físicas (que comprenden documentos) e inspecciones al lugar de los hechos.

Todos estos instrumentos, que probatoriamente se denominan medios cognoscitivos, deberán ser

objeto de análisis individual y en conjunto por un grupo interdisciplinario de expertos integrado por profesionales de diferentes disciplinas, entre ellos abogados, sociólogos, psicólogos, antropólogos, historiadores, politólogos, ingenieros, economistas, médicos. La integración del cuerpo de expertos dependerá del tipo de información que deberá ser objeto de examen inter- y transdisciplinar.

Sus análisis deberán ser incorporados en un 'informe de construcción y análisis de contexto' que contenga la explicación integral de la Metodología empleada y sus resultados. Este informe será incorporado al proceso penal a través de los expertos que serán interrogados de forma cruzada en el marco del juicio oral, que, como ya se expresó, intervendrán en calidad de testigos de acreditación de contexto. En consecuencia, el informe de los analistas de contexto más el testimonio de acreditación de estos analistas de contexto configuran la prueba de contexto como un medio de prueba compuesto y autónomo.

Ahora bien, en lo que hace referencia a la valoración de la "prueba de contexto" como un medio de prueba, se propone que el juez tenga en consideración los siguientes supuestos: a) los instrumentos empleados para la recolección de la información (medios cognoscitivos); b) la fiabilidad y credibilidad de las fuentes utilizadas para la construcción del contexto (los entrevistados, el tipo de documentos, la calidad de los informes de campo); c) la acreditación de los analistas de contextos (título profesional, formación posgradual, experiencia en el campo, conocimientos específicos que contribuyeron en la construcción del contexto); d) el rigor científico de la Metodología empleada y su forma de aplicación para la construcción y el análisis del contexto; y e) la coherencia entre dicho análisis y los resultados.

## Referencias

- Barbosa, G. (2015). Aproximación a la noción de "contexto" en el derecho penal y procesal penal colombiano. En G. Barbosa Castillo y C. Bernal Pulido, *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2015a). Problemas teóricos y de derechos fundamentales del uso del análisis de contexto para la investigación penal en el derecho interno colombiano. En G. Barbosa Castillo y C. Bernal Pulido, *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno* (pp. 42-127). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2015b). (10 de junio, 2015b). Prueba de contexto y presunción de inocencia. *Ámbito Jurídico*. [En línea]. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/prueba-de-contexto-y-presuncion-de-inocencia>.
- Castañeda Quintana, L. (2011). El contexto como materialización de la prueba indiciaria en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Nueva Época*, 17(37), 99-124.
- Chabat, J. (2010). El Estado y el crimen organizado transnacional: amenaza global, respuestas nacionales. *Istor*, (42), 3-14. Recuperado de [http://www.istor.cide.edu/archivos/num\\_42/dossier1.pdf](http://www.istor.cide.edu/archivos/num_42/dossier1.pdf).
- Coloma, R., Carbonell, F., Alfaro, C., Avilés, L., Báez, D., Bugeño, C. J. et al. (2010). Nueve jueces entran en diálogo con nueve hipótesis acerca de la prueba de los hechos en el contexto penal. *Revista Ius et Praxis*, 16(2), Chile.
- Corte Constitucional de Colombia (2010). Sentencia C-936 de 2010. Referencia: expediente D-8131. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987). *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_01\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_01_esp.pdf).
- Corte IDH. (1998). *Caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_37\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_37_esp.pdf).
- Corte IDH. (2006). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf).
- Corte IDH. (2006). *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_140\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf).
- Corte IDH. (2009). *Caso Algodonero vs. México*. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf).
- Corte IDH. (2010). *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_213\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf).
- Corte IDH. (2012). *Caso Masacre del Mozote vs. El Salvador*. [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_252\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf).
- Fajardo A., L. A. (2015). Estado del arte en materia de derecho internacional de los derechos humanos y contexto. En G. Barbosa Castillo y C. Bernal Pulido, *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno* (pp.

- 296-345). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fernández L., M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Editorial Iustel. Colección: Procesos y Garantías Constitucionales.
- Ferrajoli, L. (enero-abril, 2006). Criminalidad y globalización. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXIX (115), 301-316.
- Fiscalía General de la Nación de Colombia (2012a). Resolución 1810 de 2011, “por medio de la cual se crea la Unidad Nacional de Análisis y Contextos”.
- Fiscalía General de la Nación de Colombia (4 de octubre, 2012b). Directiva 0001, “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquéllos en la Fiscalía General de la Nación”. Recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>.
- Fiscalía General de la Nación de Colombia (octubre, 2013). Innovación en la investigación penal. Informe de rendición de cuentas 2012-2013. Recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-rendici%C3%B3n-de-cuentas-UNAC-2012-2013.pdf>.
- Fundación para el Debido Proceso Legal (2009). *Digesto sobre jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*. [http://www.dplf.org/sites/default/files/1271715939\\_0.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/1271715939_0.pdf).
- Gozáini, O. (2016). *Los procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Henaó, C. (2015). *Análisis de contexto-estudio desde el derecho constitucional, en la obra: El análisis de contexto en la investigación penal*. Bogotá: Sello Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Lacoboni, A. (2006). *Prova legale e libero convincimento del giudice*. Milano, Italia: Editorial Giuffrè Editore.
- Martínez O., D. (2014). *Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC) de la Fiscalía General de la Nación*. Colombia: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ).
- Martínez O., D. (2017). Investigación penal en contexto de crímenes de sistema y graves violaciones de derechos humanos. Aproximación: estándares internacionales y fundamentos. Seminario Internacional “El análisis de contexto en la investigación de delitos y violaciones graves a los derechos humanos”. México D. F.
- Naciones Unidas (2014). *Marco de análisis para crímenes atroces. Una herramienta para la prevención*. Recuperado de [http://www.un.org/genocideprevention/documents/publications-and-resources/Genocide\\_Framework%20of%20Analysis-Spanish.pdf](http://www.un.org/genocideprevention/documents/publications-and-resources/Genocide_Framework%20of%20Analysis-Spanish.pdf).
- Pérez Salazar, B. (julio-diciembre, 2007). Organizaciones criminales transnacionales “Espacios ingobernados” y una doctrina emergente. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, X (20), 17-26.
- Vallejo Jiménez, A. (2011). En busca de otro derecho penal. *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, volumen 10, número 19.
- Zaffaroni, E. R. (2009). Globalización y crimen organizado. En M. Suárez Escobar (coord.). *Voces para la Libertad. Reflexiones sobre la represión* (pp. 261-286). México: Ediciones EON. Universidad Autónoma Metropolitana.
- Zampaglione, A. (2016). *La prova nei processi di criminalità organizzata, Problemi attuali della giustizia penale*. Milano, Italia: Editorial Cedan Collana.