

Presentación. *Fernando Velásquez Velásquez y John E. Zuluaga Taborda*

Doctrina

- Depuración y descriminalización - *Sebastian Scheerer*
- La aceptación de cargos en el proceso penal y las garantías - *Erika Yolanda Aristizábal Murillo*
- El peligro para la comunidad como fin de la detención preventiva. Un análisis desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos - *Adriana María Tobar Cerón*
- Los acuerdos: Una institución con identidad propia - *Aura Nubia Martínez Patiño*
- El interviniente y el artículo 30 del Código Penal - *Fernando Velásquez Velásquez*

Jurisprudencia

- La toma del Palacio de Justicia los días seis y siete de noviembre de 1985: un Salvamento de Voto - *Fernando Velásquez Velásquez*

Reseñas y resecciones

- *Eugenio Raúl Zaffaroni*
- *John E. Zuluaga Taborda*
- *Yeison Manco López*
- *María Lucía Mosquera Ramírez*

Entrevista

- Profesor Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Fernando Velásquez Velásquez*

Nº 22

Julio-Diciembre 2019

+Lectura
GRATIS
en la nube

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

Nº 22

Julio-Diciembre 2019

DERECHO PENAL Y GARANTÍAS

Editor:
FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

Coordinador editorial:
JOHN E. ZULUAGA TABORDA

CUADERNOS DE DERECHO PENAL



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

tirant
lo blanch

ACCESO GRATIS a la Lectura en la Nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborales le enviaremos el código de acceso con sus instrucciones.

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado.

Cuadernos de Derecho Penal

Nº 22

(Julio-diciembre de 2019)

DERECHO PENAL Y GARANTÍAS

Editor:

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

Coordinador editorial:

JOHN E. ZULUAGA TABORDA

Asistentes:

MARÍA AGUILAR CABEZAS

JACKSON RENÉ VALBUENA CURE



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**

tirant lo blanch

Bogotá D.C., 2020

Presentación. *Fernando Velásquez Velásquez y John E. Zuluaga Taborda.*

Doctrina

- Depuración y descriminalización - *Sebastian Scheerer.*
- La aceptación de cargos en el proceso penal y las garantías - *Erika Yolanda Aristizábal Murillo.*
- El peligro para la comunidad como fin de la detención preventiva. Un análisis desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos - *Adriana María Tobar Cerón.*
- Los acuerdos: Una institución con identidad propia - *Aura Nubia Martínez Patiño.*
- El interviniente y el artículo 30 del Código Penal - *Fernando Velásquez Velásquez.*

Jurisprudencia

- La toma del Palacio de Justicia los días seis y siete de noviembre de 1985: un Salvamento de Voto - *Fernando Velásquez Velásquez.*

Reseñas y recensiones

- *Eugenio Raúl Zaffaroni.*
- *John E. Zuluaga Taborda.*
- *Yeison Manco López.*
- *María Lucía Mosquera Ramírez.*

Entrevista

- Profesor Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Fernando Velásquez Velásquez.*

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DE DERECHO PENAL N° 22

EDITOR

Prof. Fernando Velásquez Velásquez
Doctor en Derecho y Ciencias Políticas

COORDINADOR EDITORIAL

Prof. Dr. John E. Zuluaga Taborda LL. M.

COMITÉ EDITORIAL/CIENTÍFICO

Prof. Dr. h.c. José Hurtado Pozo – Universidad de Fribourg, Suiza
Prof. Dr. Alfonso Cadavid Quintero – Universidad EAFIT, Colombia
Prof. Dr. Ricardo Molina López – Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia
Prof. Dr. Emiliano Borja Jiménez – Universidad de Valencia, España
Prof. Dr. h.c. Juan Luis Gómez Colomer – Universidad Jaume I, España
Prof. Dr. John A. E. Vervaele – Universidad de Utrecht, Holanda
Prof. Dr. Ricardo Posada Maya – Universidad de Los Andes, Colombia
Prof. Dr. h.c. Kai Ambos – Universidad de Göttingen, Alemania
Prof. Dr. Renzo Orlandi – Universidad de Bolonia, Italia
Prof. Dr. Rodrigo González Quintero – Universidad Sergio Arboleda, Colombia
Prof. Dr. Christian L. Wolffhügel Gutiérrez – Universidad Sergio Arboleda, Colombia
Prof. Dr. Fernando Velásquez Velásquez – Universidad Sergio Arboleda, Colombia

CONSEJO ASESOR

Prof. Dr. Juárez Tavares – Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil
Prof. Dr. Guillermo Portilla Contreras – Universidad de Jaén, España
Prof. Dr. Lotario Vilaboy Lois – Universidad de Santiago de Compostela, España
Prof. Dr. Luis E. Chiesa Aponte – Universidad de Búfalo, EE.UU.
Prof. Dr. Walter Perron – Universidad de Freiburg, Alemania
Prof. Dr. Miguel Ontiveros Alonso – Universidad Autónoma de Chiapas, México
Prof. Dr. Hernando León Londoño Berrío – Universidad de Antioquia
Prof. Nodier Agudelo Betancur. Doctor en Derecho y Ciencias
Políticas. Universidad Externado de Colombia.
Prof. Oscar Julián Guerrero Peralta
Prof. Hernán Gonzalo Jiménez Barrero
Prof. Dr. Carlos Roberto Solórzano Garavito
Prof. Álvaro Vargas
Prof. Mario Trapani

CORRECTOR DE ESTILO

Prof. Fernando Velásquez Velásquez
Doctor en Derecho y Ciencias Políticas

TRADUCTOR

Traducción de resúmenes y palabras claves del español al inglés, a cargo del
jurista Richard Strauus. E-MAIL: rstrauss@exemplarlarw.com

Fecha de edición: julio-diciembre de 2019

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

Edición realizada por Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas, 14- 46010, Valencia, España.

Tels.: 96/361 0048 – 50

Fax: 96/369 41 51

Email: tlb@tirant.com

Librería virtual: www.tirant.es

Universidad Sergio Arboleda. Carrera 15 N.º 74-40

Escuela Mayor de Derecho, Departamento de Derecho Penal

Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas «Emiro Sandoval Huertas»

Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131. www.usa.edu.co Fax: 3177529

Correo: revista.cdp.penal@usa.edu.co

Versión electrónica: <http://www.usergioarboleda.edu.co/cuadernos-de-derecho-penal/>

ISSN: 2027-1743 / 2500-526x (en línea)

Contenido

I. Presentación.....	9
<i>Fernando Velásquez Velásquez y John E. Zuluaga Taborda</i>	
II. Doctrina	15
Depuración y descriminalización	17
<i>Sebastian Scheerer</i>	
La aceptación de cargos en el proceso penal y las garantías	49
<i>Erika Yolanda Aristizábal Murillo</i>	
El peligro para la comunidad como fin de la detención preventiva. Un análisis desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos... ..	95
<i>Adriana María Tobar Cerón</i>	
Los acuerdos: Una institución con identidad propia.....	135
<i>Aura Nubia Martínez Patiño</i>	
El interviniente y el artículo 30 del Código Penal.....	183
<i>Fernando Velásquez Velásquez</i>	
III. Jurisprudencia.....	215
La toma del Palacio de Justicia los días seis y siete de noviembre de 1985: un salvamento de voto.....	217
<i>Fernando Velásquez Velásquez</i>	
IV. Reseñas y reseñas	279
Hernando León Londoño Berrío (2016). <i>Sistemas punitivos y Derechos Humanos. El caso de la Comuna 13 de Medellín - Colombia</i> . Bogotá: Universidad de Antioquia - Ediciones Jurídicas Andrés Morales.....	281
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
Miguel Lamadrid Luengas (2018). <i>El principio de oportunidad como herramienta de política criminal</i> . Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales.....	289
<i>John E. Zuluaga Taborda</i>	
Luis Bernardo Ruiz Jaramillo (2019). <i>La prueba como derecho en el Código General del Proceso</i> . Valencia: Tirant lo Blanch	297
<i>Yeison Manco López</i>	

Posada Maya, Ricardo (2019). <i>Delitos contra la vida y la integridad personal, ts. I y II</i> , 2ª ed. Bogotá: Universidad de los Andes-Grupo Editorial Ibáñez <i>María Lucía Mosquera Ramírez</i>	303
V. Entrevista	309
Profesor Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni <i>Fernando Velásquez Velásquez</i>	311
Instructivo para los autores.....	337

I Presentación

La irrupción de un derecho penal cada vez más maximizado y la constante afrenta contra las garantías penales, son la columna temática de este nuevo número de nuestra revista dedicado por ello a esa no fácil problemática; a esas materias dedican sus reflexiones, tanto desde la perspectiva de la criminología, la política Criminal, el derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal, los estudiosos que aquí concurren para llenar las habituales secciones.

En el acápite destinado a la doctrina se incluyen cinco trabajos: el primero, cuya autoría recae en el gran criminólogo alemán Sebastian Scheerer, denominado *Depuración y descriminalización*, quien reflexiona sobre el proceso de expansión vivido por el derecho penal actual y hace un crudo llamado a que se introduzcan en los códigos penales los procesos de depuración y descriminalización, después de advertir que la doctrina científica es proclive a la reforma pero ello no tiene eco en la política jurídica ni en la población. El texto ha sido traducido de forma impecable del alemán, por el Profesor John E. Zuluaga Taborda.

El segundo trabajo, intitulado *La aceptación de cargos en el proceso penal y las garantías*, se corresponde con una investigación realizada por la egresada de nuestra Maestría en Derecho y a la vez juez de carrera Erika, Yolanda Aristizábal Murillo, quien afrontó el reto de examinar de forma crítica el instituto de la aceptación de cargos que entiende como contrario a la Constitución Política; además, llama la atención sobre la manera como la jurisprudencia tergiversa los fines de la ley penal cuando sienta algún precedente sobre este tema. Por ello, todas sus preocupaciones se enrutan a precisar si es posible concebir ese instituto a la luz de los fines que animan al derecho penal y acorde con las garantías constitucionales.

En esa misma línea de reflexión, la también magister Aura Nubia Martínez Patiño publica un tercer estudio denominado *Los acuerdos: Una institución con identidad propia*, en el cual concluye que esa construcción académica condensa en el derecho procesal colombiano dos fuertes tendencias dogmáticas en el ámbito procedimental: De un lado, el pragmatismo del

sistema norteamericano; y, de otro lado, el sistema continental europeo, al estar sujeto al principio de legalidad por la vía de la preservación de los derechos fundamentales de las partes.

El cuarto trabajo denominado *El peligro para la comunidad como fin de la detención preventiva. Un análisis desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos*, es fruto de la labor investigativa de la también egresada de nuestra Maestría en Derecho Adriana María Tobar Cerón quien, lo mismo que la anterior investigadora, hizo su trabajo con la tutoría y dirección del Profesor Ricardo Molina López, miembro del Comité Editorial Científico de la Revista y profesor de dicho posgrado. Con dicho estudio ella destaca que la prisión preventiva tiene objetivos cautelares y no punitivos, por lo cual se debe imponer con propósitos distintos a aquellos máxime si los fines legítimos han sido determinados en los estándares del sistema interamericano de protección de derechos humanos, que buscan asegurar la comparecencia del procesado al juicio e impedir la obstrucción del procedimiento penal.

En quinto y último lugar aparece un concepto que, sobre la figura del interviniente, le fuera solicitado al editor por la Corte Constitucional, organismo que al pronunciarse sobre una demanda contra el artículo 30 del Código Penal, lo declaró exequible mediante la Sentencia C-015 de catorce de marzo de 2018; desde luego, con independencia de lo decidido por esta corporación, el texto del estudio es importante para alimentar el debate librado, la doctrina penal nacional sobre el asunto a lo largo de los últimos años y eso solo justifica aquí su inclusión.

A su turno, la sección de jurisprudencia –intitulada como *La toma del Palacio de Justicia los días seis y siete de noviembre de 1985: un Salvamento de Voto*– plasma el escrito que los Conjuces de la Corte Suprema de Justicia Carlos Roberto Solórzano Garavito y Juan Carlos Prías Bernal, presentaron como disenso en relación con la sentencia proferida en contra del general Jesús Armando Arias Cabrales con ocasión de los aciagos hechos del Palacio de Justicia. Esa pieza procesal es objeto de comentario por parte del editor de la publicación.

Así mismo, la sección de reseñas y recensiones, está encabezada esta vez por el estudio crítico que el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni le hace al libro del profesor Hernando León Londoño Berrío intitulado *Sistemas punitivos y Derechos Humanos. El caso de la Comuna 13 de Medellín - Colombia*; así mismo, el coordinador editorial publica una reseña sobre el libro *El principio de oportunidad como herramienta de política criminal*, de autoría del profesor Miguel Lamadrid Luengas. Además, el profesor de la Universidad de Antioquia Yeison Manco López hace una recensión del libro del Profesor Bernardo Ruiz Jaramillo, intitulado *La prueba como derecho en el Código General del Proceso*; finalmente, María Lucía Mosquera Ramírez –estudiante de la Universidad de los Andes– se ocupa del libro del profesor Ricardo Posada Maya intitulado *Delitos contra la vida y la integridad personal*.

Para culminar, el apartado destinado a las entrevistas a grandes académicos que han contribuido en gran escala a las disciplinas penales se destina, en esta oportunidad, una charla celebrada con el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, a no dudarlo el más importante penalista de la época contemporánea, cuya vida y obra se quieren mostrar a los estudiosos de las disciplinas penales como ejemplo de lo que es la tarea de un académico crítico y comprometido, como el que más, con los procesos de transformación de nuestros países. En fin, para poner punto final debemos agradecer –como siempre– a todo el equipo de trabajo, a los directivos de la Universidad y, sobre todo, al distinguido Señor Rector, el Dr. Rodrigo Noguera Calderón, quien ha sido el impulsor de nuestras incursiones académicas.

Fernando Velásquez Velásquez
Editor

John E. Zuluaga Taborda
Coordinador editorial

II Doctrina

Depuración y descriminalización*

Sebastian Scheerer**

*El error básico de nuestro tiempo es multiplicar el derecho penal y expandir en exceso el ámbito criminal. Carl J. A. Mittermaier, 1819****

Resumen: En el artículo se discute sobre el fenómeno de la inflación de la ley penal y se hace un llamado a la introducción de procesos de depuración y de descriminalización tendiente al ajuste de los códigos penales y de los ámbitos de intervención del derecho penal. En ese contexto, afirma que en la actividad científica existe hoy una cierta disposición a la reforma, pero ello no tiene un eco apreciable ni en la política jurídica ni en la población. En el artículo se pone de presente que en la política criminal se echan de menos las nuevas reflexiones acerca del rol del derecho penal tanto en el presente y como en el futuro. El autor reivindica la importancia de considerar seriamente mecanismos de regulación extrapenales a los fines de superar el fenómeno inflacionario. Para ello considera tres niveles de análisis que, a la vez, se estiman como puntos de

* Título original: Entrümpelung und Entkriminalisierung, publicado en *Kritische Justiz* (KJ) 52 (2019), pp. 131-146; texto disponible en: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0023-4834-2019-2-131/entruempelung-und-entkriminalisierung-jahrgang-52-2019-heft-2?page=1>. Traducido del alemán al español por el Dr. iur. John ZuLuaga LL. M. La presente edición se corresponde con la versión revisada y publicada con el mismo nombre en *Räume der Unfreiheit. Texte und Ergebnisse des 42. Strafverteidertages, Münster 2.-4.3.2018*, Berlín, 2018a, pp. 433-453. El autor agradece a Tim Burkert, Monika Frommel, Felix Herzog y Christine Siegrot por sus sugerencias y críticas. A menos que se indique lo contrario, los párrafos-datos sin indicación de la ley de la que proceden, se refieren a la Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch - StGB*) en la versión vigente del 17 de marzo de 2019.

** Catedrático (Profesor titular) emérito en Criminología de la Universidad de Hamburg (Alemania), donde fue director del Instituto para Criminología e Investigación Social.

*** Mittermaier, Carl Josef Anton, *Über die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern*, Bonn, 1819 (*Es ist der Grundfehler unserer Zeit, die Strafgesetze zu vervielfältigen und das kriminelle Gebiet zu weit auszudehnen*).

partida con miras a determinar los ámbitos de depuración, descriminalización y sustitución de conductas sobrecriminalizadas.

Palabras claves: Bien jurídico, depuración, derecho penal liberal, derecho penal autoritario, descriminalización, derecho penal, reforma penal.

Abstract: The article discusses the phenomenon of inflation in criminal law and calls for the introduction of purification and decriminalization processes aimed at adjusting penal codes and areas of intervention in criminal law. In this context, he affirms that in scientific activity there is today a certain disposition to reform, but this does not have an appreciable echo either in legal policy or in the population. The article shows that new reflections on the role of criminal law both in the present and in the future are missed in criminal policy. The author claims the importance of seriously considering extra-penal regulatory mechanisms in order to overcome the inflationary phenomenon. For this, it considers three levels of analysis that, at the same time, are considered as starting points with a view to determining the areas of purification, decriminalization and substitution of over-criminalized behaviors.

Keywords: Legal asset, purification, liberal criminal law, authoritarian criminal law, decriminalization, criminal law, criminal reform.

Introducción

Hay espacios —a menudo áticos, sótanos, casetas de almacenamiento para el jardín o garajes— en los que a lo largo de los años, décadas y generaciones se acumulan innumerables objetos con una utilidad que resulta imposible de explicar. Constantemente se agrega algo más, se acumula, pero en realidad no se aprecia ni se cuida nada, ni siquiera se llega a clasificar algo, porque al principio no se sabe para qué podría ser bueno y porque luego cae en el olvido. Hasta que un bello día sencillamente todo es demasiado.

También nos podemos imaginar al derecho penal como un espacio semejante. Cada vez más se suman nuevos tipos y leyes penales accesorias (sobre el derecho penal accesorio difícilmente puede discutirse aquí; no obstante, hubiera merecido más atención. Al respecto véase Neumann, 2004,

pp. 432-441, 441), sin que una considerable sustracción de lo inservible se oponga al torrente de lo añadido. Y aquí, también, nos estamos acercando al punto donde todo se vuelve simplemente demasiado.

Las últimas grandes acciones de depuración tuvieron lugar hace mucho tiempo (1). Salvo las acciones de supresión de tipos penales que por casualidad se llevaron a cabo (§ 103) (véase Beck, 2016, pp. 271-277; Vormbaum, 2011, p. 32), hoy en día casi todo termina criminalizado y ya no se despenaliza más. Los principios de la Gran Reforma del Derecho Penal se han olvidado en gran medida (cuando no caídos en descrédito). Todo lo que sea posible de nombrar como bien jurídico es declarado como tal sin vacilación y la amenaza de pena junto a todo lo que ésta conlleva, incluida la vigilancia en las telecomunicaciones del área social, se expande violentamente, sin que se logre revelar el real alcance y propósito de todo esto o que alguien pudiera llegar a advertir dónde debería terminar todo.

El mecanismo que hace que la inflación de la ley penal sea viable en la práctica se llama informalización, la cual no deja de ser una solución provisional de carácter procesal con muchos inconvenientes. Por esta razón, desde hace mucho tiempo Wolfgang Heinz ha estado exigiendo que no se deje así, sino que se aborden finalmente las reformas materiales y, ¡atención!, *se tengan en cuenta seriamente los mecanismos de regulación extrapenales* (Heinz, 2010, p. 36; de la misma opinión Mitsch, para quien “de todos modos ya es momento” de “votar la carga superflua del derecho penal”, 2018, pp. 198-203; 198). Esa sería la forma correcta y, a tales fines, un gran primer paso se daría con la supresión de lo que el legislador nos acaba de otorgar en los últimos años (sin duda, con las mejores intenciones populistas) en materia de sobrecriminalización (Kreuzer, 2017; en general, sobre la problemática de la sobrecriminalización, Husak, 2009).

Por parte de la ciencia del derecho penal también se podría lograr, en principio, una identificación sistemática de *tipos penales prescindibles* a partir de tres pasos, con los que se determinaría lo que *no podemos, no deseamos y no necesitamos* (Hoven, 2017b, pp. 280-285; Hoven, 2017a, pp. 334-348). Los

74 tipos penales que se mencionaron en una encuesta llevada a cabo en el ámbito del saber científico-penal, hubieran podido imaginarse con un poco de fantasía en la agenda de una idealizada coalición Jamaica (N. del T. 1). Sin embargo, desde que esta esperanza, fundada en los nostálgicos recuerdos sobre lo que fue la sensibilidad político-jurídica del Partido Democrático Libre (FDP por sus siglas en alemán), se desvaneció hace algún tiempo a partir de una *ejecución institucional* (sobre el concepto, Schmid & Treiber, 1975, pp. 184 ss.) de dimensión partidista (N. del T. 2), entonces uno puede dedicarse temporalmente de nuevo al juego de los abalorios (N. del T. 3) acerca de la reflexión sobre lo que es posible en sí mismo y lo que es propiamente deseable. Es decir, todo el espectro que va desde la *depuración* pasando por la *desdramatización* hasta la *sustitución* del derecho penal por aspectos más humanos, más sabios y mejores.

En la actividad científica existe una cierta disposición a la reforma, sin embargo, no hay un eco apreciable ni en la política jurídica ni en la población. ¿Quién quiere un derecho penal liberal (y quién autoritario) hoy? La pregunta no es nueva (véase Dahm & Schaffstein, 1933). La respuesta se puede encontrar en la política criminal y lo que se echa de menos en ésta son las nuevas reflexiones acerca del rol del derecho penal tanto en el presente y como el futuro.

La depuración

Si siguiéramos las especificaciones ofrecidas desde Colonia, entonces se debe prestar atención inicialmente a cuatro grupos de casos: primero, los llamados *tipos penales muertos* (acerca del concepto, pero también del problema de “muerto” así como “aparentemente muerto”, a pesar de que no son utilizados no necesariamente son tipos penales susceptibles de ser abolidos, véase Kinzig, 2017, pp. 415-422) y, entre estos, sobre todo aquellos que ya no juegan ningún rol porque *están desactualizados debido a desarrollos políticos o técnicos* (por ejemplo, por un lado, la deportación (§ 234a) y la sospecha política (§ 241a)

y, por otro lado, la lesión de publicaciones oficiales (§ 134) y la variante del abuso con cheques y tarjetas de crédito en el 266b). Segundo, las *curiosidades irrelevantes*, cuya abolición se ha logrado especialmente por medio del respeto y el cumplimiento de lo previsto en la ley (véase la perturbación de una ceremonia funeral (§ 167a), la utilización no autorizada de cosas dadas en prenda (§ 290), la puesta en peligro de barcos, vehículos automotores y aeronaves por medio de mercancía ilegal (§ 297), puesta en peligro de un tratamiento de desintoxicación (§ 323b) y el abuso de confianza en el servicio público [§ 353a]). Tercero, no se deben olvidar los *tipos penales redundantes* y, cuarto, los *delitos bagatela*, que son una gran molestia en la práctica y que, ante todo, son de interés teórico.

Los tipos penales redundantes.

Por momentos, algunos actores con un cierto poder de definición sienten la necesidad, tal vez motivada por la política cotidiana, de insertar ciertas manifestaciones de un hecho punible en párrafos adicionales atendiendo el lema que reza: *la doble costura es mejor*. Ese fue el caso en su momento de la *agresión con violencia a conductores* y, también, actualmente, es el caso cuando se deben enfatizar determinadas formas de coacción y lesiones personales.

Tal exceso del elemento simbólico-comunicativo en la legislación penal no se logra sin costos ni desventajas. Extraer un grupo de casos de un tipo penal general y dedicarle a dicho grupo un tipo penal propio para enfatizar gráficamente, por así decirlo, el grado de injusto de estos fenómenos, especialmente para el grupo de personas concernidas, rematerializa la ley formal de una manera que no queda libre de problemáticas. Es algo que contradice la división del trabajo entre la determinación legislativa del marco penal y su realización judicial en casos concretos. Además, tendencialmente pone en cuestión la igualdad de todos ante la ley.

Por esta razón, los tipos penales generales de robo y homicidio se hacen innecesarios (§§ 249 ss., 211 ss.), el § 316a (agresión con violencia a conductores) y los §§ 224-226 y 240 y los §§ 113, 226a y 237 (resistencia contra

agentes ejecutores, mutilación genital femenina y matrimonio forzado). Esto ya lo dispone el principio de parsimonia (*lex parsimoniae*), el cual se ha olvidado recientemente.

En contra de esto se podría objetar que la supresión de estas disposiciones enviaría una señal incorrecta. Esta es seguramente la situación *prima facie*. Sin embargo, primero, esa es lógicamente la otra cara del efecto propagandístico buscado por la legislación simbólica. Aquellos que se dedican a la legislación penal con propósitos populistas se arriesgan a la hora de retirar una ley de vitrina, que desde el principio resulta innecesaria, al efecto de vitrina opuesta. Segundo, no se debe actuar como si los políticos estuvieran completamente indefensos frente a las temidas “señales equívocas”. Los políticos no están condenados a simplemente esperar para ver cómo se llega a comprender o malinterpretar la eliminación de un tipo penal innecesario. A ellos se les puede preparar discursivamente, acompañar argumentativamente e incluso dar seguimiento.

Los gobiernos, parlamentos y partidos tienen un acceso privilegiado a los medios para comunicarse con la opinión pública. Con eventos educativos organizados por fundaciones políticas, campañas de sensibilización, promoción de iniciativas sociales correspondientes a tales fines, debates televisivos, declaraciones del gobierno y muchas otras opciones, existe una gran cantidad de posibilidades no propiamente legislativas para la educación popular y para la prevención y superación de malas interpretaciones, marco en el cual también es posible referirse a la situación legal respectiva sin que se necesite, para una mejor comprensión, de un tipo penal redundante. De alguna manera, suena poco convincente aquel constante argumento de los opositores a la reforma según el cual ésta o aquella derogación de leyes objetivamente superfluas o contraproducentes podría ser mal entendida en la opinión pública: aquellos que no hacen algo bien porque creen que los demás podrían malinterpretarlo, generalmente tienen otros motivos para su actitud, los cuales disimulan con este argumento, asunto que, quizás, también, podría dar cuenta de que ellos mismos no han entendido.

Las bagatelas.

Nuestra incapacidad para ceñir el derecho penal a la sanción de graves injustos y dejar las bagatelas como tales, queda demostrada con lo poco soberana que es nuestra sociedad actual en la forma de proceder con aquellos de sus miembros que son bastante complicados e inadaptados, con coetáneos tan desagradables que viéndolos con más detalle parecen más bien dignos de compasión que punibles. El hecho de que muchos de los intentos de descriminalización en esta área fracasasen regularmente requiere una explicación, por lo menos siempre que se siga hablando a la vez y de forma continua del derecho penal como *la espada más afilada del Estado*. Después de todo, la espada es un instrumento que no se utilizó para eliminar meras fallas o subsanar cualquier peligro, sino que se reservó para la sanción de las más graves injusticias. Sin embargo, cuando *la espada más afilada del Estado* es usada (también) frente a pequeñeces, resulta entonces en un abuso de armas frente a indefensos y se encuentra en una particular contradicción con el principio de *minimis non curat lex* (2).

Dejar que la espada caiga sobre los ladrones de tiendas y los pasajeros sin boleto a menudo repercute de forma deprimente sobre los jueces, obligados a confrontar estos asuntos, sencillamente porque es grotesco (así Dammann, 2018, pp. 429-432). Es por eso que existe una necesidad urgente de depurar todos los crímenes en masa con un nivel típicamente bajo de injusto. Así, por ejemplo:

- *Hurtos en tiendas y apropiación indebida de artículos de bajo valor* (§§ 242b, 246, 263) (Albrecht, 1992a; Albrecht, 1992b; Albrecht, 1996, pp. 330-339).
- *Fraude en el pago de boletos de transporte público* (rendimiento de transporte según § 265a). En términos del despliegue de la “energía criminal” que se requiere para la comisión de estos hechos, el viajar haciendo fraude en el pago de boletos de transporte público (¡hecho punible!) es bastante comparable al estacionamiento deliberadamente incorrecto (¡contravención!). Esto privilegia al propietario del auto-

móvil y discrimina a los jóvenes desempleados y sin automóvil, los pobres y las personas sin hogar, los cuales, por un lado, dependen del transporte público local y, por otro lado, no pueden pagar los boletos, el aumento de las tarifas de transporte y las multas, y luego en nuestros países aparentemente ricos (por lo menos por miles) terminan desplazados a las cárceles. Su comportamiento, que a menudo se genera a partir de trastornos de la personalidad y demandas excesivas, no es un injusto grave y, por lo tanto, ninguna criminalidad. La descriminalización es acá el imperativo del día y la institución del subrogado penal podría y debería ser abolida al mismo tiempo, pues es disfuncional para el sistema penal y es, en realidad, solo una vergüenza para la sociedad (Feest, 2016, pp. 491-494).

- *Consumo de cannabis y otras drogas recreativas.* El uso recreativo de sustancias psicoactivas solo debería convertirse en el Estado de derecho, en una cuestión de derecho penal cuando por medio de esto los terceros se ven perjudicados de forma cierta y penalmente relevante. Respecto al alcohol esto está regulado adecuadamente en la ley alemana, pero no respecto a las drogas a las que hace referencia la Ley sobre Drogas Prohibidas (*Betäubungsmittelgesetz* - BtMG) (véase Husak, 1992; Nestler, 2017, pp. 467-472; Böllinger, 2018, pp. 239-257). Incluso si uno asume que puede ser un objetivo legítimo de la política de salud reducir el consumo de drogas en la población (lo cual puede discutirse), debe considerarse que el derecho penal presta un flaco servicio porque cinco décadas de lucha contra las drogas han sido inútiles, mientras que las campañas no punitivas contra el tabaquismo pudieron reducir significativamente la proporción de fumadores en el mismo tiempo (véase, por un lado, Pierce *et al.*, 2011, p. 1106; por otro lado, Werb *et al.*, 2013). Por lo tanto, puede ser menos la intensidad que la inteligencia de una política de drogas lo que determina su éxito. Y, como suele ser el caso en el ámbito del comportamiento humano, la espada del derecho penal no es la mejor opción).

- *Huida del conductor del lugar de un accidente* (§ 142 alejamiento no permitido del sitio del accidente). El propósito jurídico civil del § 142 también podría lograrse sin derecho penal. Existen modelos para esto en otros países europeos, o conceptos como el de un registro neutral de inscripciones en línea, que hace innecesario permanecer en la escena del accidente e introduce la reparación de daños sin que la persona causante tenga que ponerse en contra del principio *nemo tenetur* (Kubatta, 2008).
- *Inasistencia alimentaria* según el § 170. Si el sistema de justicia penal por medio del § 170 hace las veces de alguacil de las oficinas de juventud y bienestar social, esto no necesariamente ayuda a las personas que son dependientes de otra; todo puede complicarse aún más con el castigo de la persona que tiene una obligación de alimentos con otra).
- *Autodopaje* (§ 4 Ley Antidopaje). Esta disposición crea un bien jurídico cuestionable e ignora el principio de subsidiariedad a favor de una regulación que puede ser popular pero que prácticamente no tiene consecuencias (Bott & Mitsch, 2016, pp. 159-168; también, Lamberts, *ZEIT*, 2016; crítico ya en el estadio de la preparación: *Presseerklärung*, 2015). En la discusión actual simplemente no se quiere enviar una “señal equivocada” y, por lo tanto, se prefiere confiar en más de lo mismo en lugar de retirar la ley, así como si se pudiera más en vigilancia, testigos principales, sanciones, etc., y como si únicamente escalar lo suficiente pudiera neutralizar los errores de construcción de la ley (Hecker & Meutgens, 2019, p. 27).
- *Y descarga de piezas musicales para uso privado* (§ 106 Ley de derechos de autor). Este fue un caso de sobrecriminalización a través de una ley de lobby aplicada por la industria de la música (campana publicitaria de cine: “los piratas son criminales”, Albach, 2015).

Muchos *escándalos y perturbaciones de la moral y el orden público* ya no alcanzan en nuestros días el nivel de relevancia requerido para el uso del

derecho penal. Por lo tanto, en ese marco se encuentran muchos candidatos para la depuración en el sentido de (si no se legaliza en cada caso, al menos) una descriminalización transformadora, es decir, una nivelación a delito administrativo: piénsese, por ejemplo, en la bigamia (§ 172), el acceso carnal entre familiares (§ 173), los actos exhibicionistas (§ 183), la provocación de escándalo público (§ 183a), el ejercicio de prostitución prohibida (§ 184 f), la pornografía animal (§ 184a, segunda alternativa), la distribución, adquisición y posesión de pornografía infantil (§ 184b) y la organización no autorizada de un juego de azar (§ 284).

Con esto queremos concluir por el momento con las propuestas para la depuración, aunque tenemos la conciencia de que también existen tipos penales *inconstitucionales*, *asistemáticos* y *no vinculados a un bien jurídico*. Esto sin mencionar los *tipos penales-lobby* y aquellos que, por motivos menores comparativamente, han sido elevados artificiosamente a tipos penales en el *estadio previo a la lesión del bien jurídico*. Nada está completamente aclarado en esta área y todo es muy complejo, dado que la problematización de estos casos a menudo conduce directamente a cuestiones fundamentales de política (criminal), teoría jurídica (penal) y sociología jurídico-penal. No obstante, esto ya muestra que el término “depuración” ahora no resulta del todo preciso, porque hay una falencia en el grado necesario de evidencia sobre la prescindibilidad que es propia del término “desecho”. Por ejemplo, el tipo penal de promoción comercial del suicidio (§ 217) puede considerarse inconstitucional e innecesario por buenas razones, como puede ser por la violación de la dignidad humana y la libertad de acción general (Artículos 1 y 2 de la Ley fundamental alemana o *Grundgesetz* –GG–), la violación de las reglas de accesoriedad (de complicidad a autor principal) y la contradicción al principio de proporcionalidad. Pero eso no significa que no haya contraargumentos significativos (véase, por ejemplo, Fischer, 2014, pp. 110-127) (N. del T. 4).

La descriminalización

Los candidatos a la descriminalización son, en primer lugar, todos aquellos tipos penales que no son punibles en virtud de su contenido de injusto. En segundo lugar, aquellos con objetivos de regulación ilegítimos. En tercer lugar, aquellos cuyos objetivos de regulación son legítimos, pero que pueden lograrse bien o de mejor manera sin el derecho penal.

Estos tres criterios distinguen a las *democracias liberales* de otras formas de gobierno. Solo cuando se puede hablar, siguiendo a John Adams, de un *gobierno de leyes y no de hombres*, es posible hacer que la existencia de leyes penales dependa de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido más estricto. Solo aquí se puede insistir en que el lugar correcto del derecho penal no está por delante o por encima de otras formas de regulación, sino por debajo y por detrás (subsidiariedad). Solo en este marco el derecho penal deja de ser un medio de control como cualquier otro y, al contrario, pasa a disponerse como una *última ratio*: es decir, no se pierde nada allí donde las sanciones más leves alcanzan a ser suficientes o donde hay otros medios para lograr un objetivo legítimo de igual o mejor manera. Que eso es *realmente* diferente, es algo que debe ser tenido en cuenta por toda la ciencia del derecho penal. Así, entonces, se encuentran dos candidatos fuertes para la descriminalización: *el comportamiento antipolicial* y *los comportamientos privados indeseados*.

Las distintas formas de comportamiento antipolicial.

La tendencia a construir bienes jurídicos económico-ecológicos a gran escala y criminalizar su (potencial) peligro ha promovido significativamente la expansión de la *provincia de sentido de la criminalidad* (véase Schmidt-Semisch & Hess, 2014), sin que quede claro, sin embargo, sí y de qué manera precisamente el derecho penal puede proporcionar un mejor rendimiento en el ejercicio de control que el derecho administrativo. Independientemente de la cuestión acerca de qué función le corresponde a la noción de bien jurídico en

sí misma, si limitativa o fundamentadora (Hefendehl, 2002; Greco, 2008, pp. 234-238; Engländer, 2015, pp. 616-634), una reducción del derecho penal parece ser apropiada sobre la base del principio de *ultima ratio* (véase Naucke, 1984, pp. 199-217). Se tendría que pensar en tipos penales muy diferentes, que van desde el monstruo legal de la comisión de crímenes por grupos (§ 184j) (al respecto Renzikowski, 2016, pp. 3553-3558) pasando por la estafa de inversión de capitales (§ 264a), las carreras prohibidas de vehículos motorizados (§ 315d) hasta la puesta en peligro de áreas necesitadas de protección (§ 329) (para un vistazo sobre el derecho penal económico, Kubiciel, 2018, p. 6; Kubiciel, 2017, pp. 473-491).

Lo mismo vale para los comportamientos declarados como hechos punibles, que tienen que ver más con *infracciones policiales políticamente orientadas*. Debe llamar la atención el hecho de que la criminalización de fenómenos políticamente indeseables “en el estadio previo de lo previo” a las violaciones de los bienes jurídicos, se remonte a una larga tradición (preconstitucional), así como de igual manera la falta de sistematicidad de muchas disposiciones en este ámbito (y las acrobáticas palabras para legitimarlas). Piénsese en disposiciones como:

- La difusión de medios de propaganda de organizaciones inconstitucionales (§ 86) y el empleo de distintivos de organizaciones inconstitucionales (§ 86a) (sobre los puntos débiles de estas regulaciones: Hörnle, 2005; Reuter, 2005; Becker, 2012, pp. 113-118).
- La preparación de un acto grave de violencia que ponga en peligro el Estado (§ 89a), el establecimiento de relaciones para la comisión de un acto grave de violencia que ponga en peligro el Estado (§ 89b) y la financiación del terrorismo (§ 89c) (Uwer, 2015, pp. 9-12).
- La incitación pública a hechos punibles (§ 111) (Kolbe, 2011, pp. 181-183).
- Los tipos penales relativos a asociaciones criminales y terroristas en Alemania y en el extranjero (§ 129, 129a, b), incluidos sus apéndi-

ces procesales (al respecto, Das Sonderrechtssystem des § 129a StGB, 2007; crítico del bien jurídico del § 129b –“seguridad pública, incluido la sensación general de seguridad jurídica» en todo el mundo” (énfasis añadido en el original)– Fischer, 2018, § 129b nm. 3); y

- La incitación al odio (§ 130), la instrucción para hechos punibles (§ 130a), la representación de la violencia (§ 131) –la cual funciona realmente como una “ley de protección del clima”–, así como el ultraje a la confesión, sociedades religiosas y asociaciones ideológicas (§ 166) (no todo lo que es burdamente ofensivo, es decir, no todo lo que puede causar una gran molestia, por lo tanto, tiene que o puede usarse para la utilización de la espada más afilada como se mencionó arriba. Por todos, Becker, 2015).

La conciencia de vivir en un Estado de derecho, liberal y democrático, en el que todos puedan expresar libremente sus diferentes opiniones, no resulta tan acentuada actualmente como podría ser y como debería ser también en una sociedad libre. Este déficit podría remediarse si se asegurara que el denominado *chilling effect* del derecho a la seguridad del Estado, no fuese tan intenso a partir de una concepción más estricta del mismo y en razón de una mayor certeza de los respectivos delitos de expresión (sobre el término *chilling effect*, véase EGMR 27.3.1996 App. No. 17488/90, nm. 39). Especialmente, cuando el Estado emite leyes penales en su propio nombre éste debe atenerse a sus normas rectoras como aquellas que ordenan certeza, generalidad y proporcionalidad. Además, debe evitar la moralización penal legislativa en la medida de las posibilidades y debe decidir atendiendo el principio *in dubio pro libertate* de una forma mucho más fuerte que en el pasado reciente, también en el ámbito de la legislación (Fischer, 2018, § 130a nm. 4).

Los *potenciales delitos de peligro* contenidos en el articulado del § 166 corresponden a típicos injustos policiales. Acá no se trata del derecho a la personalidad sino, más bien, de un bien jurídico que parece más o menos sacado del sombrero como lo es el bien jurídico de la *paz pública*, cuya posible puesta en peligro también termina siendo remediada por el derecho penal. Si uno ve un injusto penal(!) en algo así como un deterioro peligroso de la

expectativa de seguridad de la población, entonces esto, como argumento para la fundamentación del injusto, se mueve de forma circular (esto solo debe poder ocurrir a través de un acto que se valora como acto de injusticia, porque resulta apto para llegar a causar tal deterioro). Sin embargo, tendría más sentido fundamentar el contenido de injusto de la expresión misma y no sustituir esta fundamentación por un presunto contenido de injusto del potencial resultado de peligro. El esfuerzo de las construcciones aquí propuestas ya muestra que tales declaraciones verbales o escritas, potencialmente ofensivas en el estadio previo de las lesiones al bien jurídico, se concebirían mejor como infracciones policiales. Sobre todo, porque la respectiva manifestación incriminadora se eleva al estatus de hecho punible solo después de que haya sido llevada a cabo, luego de lo cual se permite la valoración acerca de si la misma pone en peligro o perturba la paz pública. Esto, a su vez, podría tener que ver mejor y ciertamente con condiciones externas y con actores con un poder de demanda que con la misma declaración reprochada. La tristemente célebre categoría de “paz pública” no permite en sí misma la separación entre el comportamiento punible y el no punible.

A fortiori, los argumentos respectivos en contra del § 166 también deberían aplicarse para el caso del § 130 (incitación al odio), que se ha ampliado y reforzado repetidamente desde 1960. Allí donde una ley orientada a un caso concreto amenaza con castigar la duda o negación de determinados eventos históricos (§ 130 III), el derecho fundamental a la libertad de expresión resulta restringido (desde el punto de vista del Tribunal constitucional alemán, 2018, junio 22), el ámbito de la protección del artículo 5 GG no se ve afectado por la falta de opinión (Bundesverfassungsgericht, Decisión del 22 de junio de 2018-1 BvR 673/18); en perspectiva internacional, esto parece bastante idiosincrático (para una visión liberal clásica véase, por ejemplo, Rose, 2018).

Tampoco los presos de conciencia están muy lejos de la sobrecriminalización en el ámbito de la opinión (véase al respecto, por ejemplo, la admisión de Haverbeck en relación con la acusación de sedición en la forma de la negación del Holocausto ante el tribunal de distrito de Bad Oeynhausen (5

Ds 46 Js 485/03-256/04) en la audiencia principal del 18 de junio de 2004). Sin mencionar los problemas adicionales del § 130 IV, que en su momento surgió por motivos policiales puramente tácticos (este párrafo, recuérdese, se insertó en su momento para facilitarle a la policía la prevención de eventos no deseados en el 60° aniversario de la capitulación nazi el nueve de mayo de 2005). En cualquier caso, la protección de bienes jurídicos, la libertad de expresión y la democracia se verían favorecidos por un desmantelamiento del § 130 y su paso a un tipo penal que cubra aquellas personas que “en una supuesta «opinión» no esconden nada más que difamaciones a las víctimas e incitación a la violencia contra aquellos que quieren intimidar como futuras víctimas” (Fischer, 2015). Sin embargo, se debería garantizar que el resultado no continúe estigmatizando y/o excluyendo de la esfera de la comunicación social a muchas personas (después de que la cantidad de casos de incitación al odio registrados por la policía desde el año 2000 respectivamente fluctuara alrededor de los 3000, el mismo registro osciló alrededor de 5000 entre los años 2015-2017, 2015: 4513, 2016: 6514, 2017: 4763– (véase Statista Research Department, 2019). Una versión más precisa de los tipos penales en el sentido de los criterios mencionados por Thomas Fischer podría reducir significativamente estos números nuevamente, mitigando así los efectos nocivos de la ley en las áreas vecinas del discurso legal –su efecto disuasivo– que están lejos de perseguir tales intenciones (véase Huster, 1996, pp. 487-491).

Los comportamientos privados indeseados.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido –de alguna manera– que el núcleo esencial de la vida individual tiene que estar libre de control penal, pero esta jurisprudencia no siempre se ha seguido (véase Greco, 2008). Sin embargo, la idea básica es clara. El Estado puede, por ejemplo, fijarse el objetivo de reducir el consumo de carne por parte de la población (por razones de protección ambiental y protección de la salud) y puede financiar todas las actividades posibles del Centro Federal de Educación para la Salud, la Oficina Federal de Medio Ambiente, etc., pero no se le permite adoptar, bajo amenaza de sanción penal, ninguna prohibición sobre la milanesa y las

albóndigas. Lo mismo también se aplica en el Estado democrático y liberal de derecho en lo que tiene que ver con la autodeterminación respecto a la apariencia personal (vestimenta, peinado, etc.), actividades de tiempo libre (*chillen* o motocross), la orientación sexual (homosexual, heterosexual, bisexual, etc.) y la afiliación religiosa (este último, por supuesto, no existió por mucho tiempo durante la Paz Religiosa de Augsburgo (1555) (*cuius regio eius religio*), pero tampoco existe hace mucho tiempo. Todavía en 1957 la criminalización de la homosexualidad se consideraba compatible con la Ley Fundamental (véase BVerfGE 6, 389).

Aquí el Estado debe proteger la libertad sin moralizar la misma (sobre la problemática modificación de los límites en el derecho penal sexual, véase en particular sobre el § 177 (abuso sexual, agresión sexual, violación), Amos, 2016). En el mismo sentido, debería regir para la libre configuración del propio final de la vida, pues cada persona tiene una posición personal y especial sobre el morir y el fallecer y acerca de este mundo y el más allá, incluida la cuestión de si y, de ser así, a qué ayuda le gustaría recurrir en situaciones límite.

Si es correcto que el legislador, tal como lo afirma, persigue precisamente este objetivo con el § 217 (promoción comercial del suicidio), es decir, para proteger la autodeterminación al final de la vida frente a interferencias no deseadas, entonces utilizó de forma errónea un medio totalmente inadecuado, en tanto con esta regulación se impide la realización de la ayuda que el individuo mayor de edad solicita expresamente al final de su existencia. Además, está en contra de la lógica y del sistema de derecho penal el hecho de declarar que una ayuda es punible si la acción que se emprende para proporcionar esta ayuda no lo es en sí misma. En tercer lugar, el criterio que alude a la motivación comercial debería entenderse mejor como que aquí se está haciendo algo contra el afán poco serio de obtener beneficios.

Sin embargo, todos los médicos serios también actúan por motivos comerciales cuando no renuncian a sus honorarios. ¿Por qué ellos se enfrentan a la amenaza de pena? Para evitar prácticas dudosas, serían suficientes el

derecho comercial y societario y, también, serían más rápidos y más efectivos. De más beneficio resultaría el camino legislativo que se ha seguido en Holanda, donde los artículos 293 II y 294 II del Código penal son normas claras y están diseñadas para respetar el derecho de la persona dispuesta a morir y necesitada de ayuda; al mismo tiempo, previene de abusos por medio de la intervención de médicos un cuestionamiento de la decisión de suicidio por medio de la discusión de alternativas, el control de todo el proceso por parte de una persona no involucrada, etc. En contra dice mucho el hecho de que en Alemania se crea que tiene que calmarse al público anunciando que para los médicos que prestan el servicio de cuidados paliativos, que repetidamente y en razón de su profesión desean cumplir el deseo de los moribundos por asistencia en el suicidio, “bajo ciertas circunstancias también está (o puede estar) libre de pena el acompañamiento múltiple de un suicidio” (Tolmein & Radbruch, 2017, pp. 627-634, 630) (N. del T. 5).

Las tasas de suicidio alemanas, aparentemente muy agradables y bajas (en comparación con Holanda desde que se promulgó la legislación sobre eutanasia) (Boer, 2018), probablemente solo ocultan el hecho incómodo de que en Alemania rige una compulsión inhumana a continuar sufriendo contra la voluntad de los titulares de derechos fundamentales que están dispuestos a morir y tienen derecho a morir al final de sus vidas.

También con los §§ 218 y 219a, el Estado punitivo coloniza una esfera de la vida privada. A pesar de que la severidad de la controversia ha disminuido desde que el aborto se redujo a infracción (1969) y desde que el tiempo para interrupción (1994) se ha disminuido, se instala una injusticia fundamental hacia las mujeres embarazadas. Si bien el cumplimiento del mandato de omitir algo (por ejemplo, de robar o de atracar) generalmente no tiene efectos a largo plazo y no implica un cambio para la identidad y la perspectiva de vida de los destinatarios de la norma, el cumplimiento de la prohibición del aborto tiene consecuencias que cambian la vida de las mujeres embarazadas, lo que afecta el núcleo de la autodeterminación sobre *cómo* y *cómo quién* quieren vivir. Esta es la razón por la cual, atendiendo a intereses político-demográficos del Estado y, además, con o sin dogmas religiosos, ninguna ley penal

debe obligar a una persona a asumir un embarazo. Ni siquiera con el pretexto de que los embriones tienen el derecho a nacer. Totalmente descabellada sería la idea de un deber del Estado de proteger ese supuesto derecho contra el aborto por medio del derecho penal, como si el propósito de los derechos fundamentales no fuera limitar, sino legitimar y expandir el *ius puniendi*.

La prohibición de información disfrazada de prohibición publicitaria que está contenida en el § 219a debe destacar el injusto del aborto. Sin embargo, incluso si uno aceptara las premisas de la ilicitud del aborto y el derecho de un Estado ideológicamente neutral a adoptar esta valoración, esto no significa que el uso (precisamente) del derecho penal para difundir este mensaje estuviese de manifiesto. Tal derecho del Estado a propagar valores encontraría su límite en el derecho fundamental a la libre información sobre servicios médicos. De todos modos, a los médicos se les prohíbe la publicidad engañosa y desleal con base en reglas generales. Para esto no se requieren estos parágrafos del Código Penal alemán (Bähr, 2018, p. 11). Las amenazas penales de los §§ 218 a 219a son más que innecesarias.

La orientación sexual pertenece también al núcleo esencial de la vida privada. Aunque esto ya se ha aclarado medianamente para la homosexualidad, debe tematizarse nuevamente en el área de la predisposición pedosexual (la llamada pedofilia central). En este ámbito se encuentran personas cuya predisposición está ahí y debe ser respetada como parte de su personalidad, pero que, por otro lado, no les permite vivir (§ 176 abuso sexual de niños). Si el nudo complejo de este dilema se puede resolver de manera acompañada y comunicativa-solidaria o si es mejor embestir con la afilada espada del Derecho penal, es un tema que viene siendo objeto de una *culture war* (Hunter, 1991). Es decir, una forma de debate político (criminal) en el que por parte de fuerzas dominantes del saber científico solo se espera que se les complazca o de lo contrario no se diga nada (Sandfort *et al.*, 1991; Lautmann, 1994; Rind *et al.*, 1998, pp. 22-53; Ulrich *et al.*, 2005. Básicamente, sobre la relación de tensión entre la protección juvenil y la autodeterminación, véase Lenz, 2017).

La sustitución

Si uno se limita a examinar minuciosamente el derecho penal escudriñando tipo penal por tipo penal, entonces puede perder fácilmente el panorama y, sobre todo, es posible que nunca llegue a plantearse las preguntas cruciales. ¿Por qué nadie pierde más tiempo preguntándose si hay algo “mejor que el derecho penal, que sea más inteligente y más humano que el derecho penal”? (Radbruch, 1932, p. 403). Tal vez sea el miedo a la respuesta lo que nos está frenando. Si tuviéramos éxito, no tendríamos otra opción, de acuerdo con nuestros propios principios, a la de comenzar la descriminalización integral sin demora. Este proceso no se limitaría a las disposiciones penales individuales, sino a todo. La reflexión es ya un poco aterradora. Habría suficientes puntos de partida para una crítica fundamental de la razón punitiva:

- El primero es un punto de partida táctico-discursivo y, en cierta medida, político-jurídico-penal. Consiste en darse cuenta de que se necesita un polo opuesto a la política criminal que tiende a ser ilimitada y dispuesta a la sanción penal. Este contrapeso (solo) puede darse con un saber científico jurídico-penal orientado a la libertad y a la justicia. La tarea de la ciencia es criticar, no promover la pena estatal: “De hecho, esto significa una perspectiva abolicionista, es decir, una perspectiva de descriminalización” (Vormbaum, 2011, p. 41).
- El segundo, es un punto de partida histórico-genealógico. El sistema de penosos castigos y, por lo tanto, “nuestro” derecho penal junto con la prisión y, en algunos Estados, también, con la pena de muerte, surgió del trato con esclavos y otras personas no libres (Sellin, 1976, pp. 29, 178; Esposito & Wood, 1982). A principios de la Edad Media, esto era impensable para los libres. La reacción entre las personas libres, por ejemplo, frente a asesinatos, fue la no intervención en el cuerpo, la vida o la libertad de movimiento del autor. La consecuencia del injusto consistió en convenios de expiación (N. del T. 6) y la prestación de servicios para la expiación entre los clanes involucrados. Por lo tanto, había obligaciones que debían cumplirse, y cuando se rea-

lizaban dichas prestaciones, entonces había paz nuevamente. La parte que realizaba la acción por “juramento de igualdad” manifestaba que el servicio prestado, a la inversa, también sería suficiente para sí mismo: “Un abrazo y un beso de paz podrían concluir el proceso de expiación” (Schmidt, 1983, p. 24). Fue solo en la alta edad media que el derecho de esclavos se extendió a los libres, que gradualmente de súbditos pasaron a comportarse como poder absoluto. Como súbditos permanecieron las personas hasta el establecimiento de condiciones democráticas. La emancipación completa también incluye la superación del derecho penal a través de un sistema de consecuencias jurídicas respetuoso de la dignidad humana.

- El tercero es un punto de partida sociológico. Incluso, hoy en día el derecho penal afecta principalmente a los pobres, los miembros de las minorías, los desfavorecidos, los oprimidos, los perturbados, los problemáticos y aquellos que no tienen acceso a representación legal. La sociedad castiga a estas personas por lo que ésta no pudo hacer por ellos. Uno no se alcanza a imaginar la manera como realmente se trata a millones de prisioneros que hay por todo el mundo. Más como animales o cosas y, en todo caso, no tanto como exige la dignidad humana y los estándares mínimos para el tratamiento de prisioneros decididos por las Naciones Unidas, que desde diciembre de 2015 se han denominado las reglas Nelson Mandela.
- El cuarto, es un punto de partida politológico. El derecho penal es un clásico derecho de subordinación. Sin embargo, en una democracia, el Estado solo está legitimado y empoderado en un grado muy limitado para controlar los procesos sociales por medio del mando y la obediencia. La transformación del Estado autoritario y de subordinación al Estado de cooperación negociada no se detendrá en el marco y la resolución de los conflictos.
- El quinto, es un punto de partida sociológico-jurídico. El desarrollo actual del derecho penal también muestra los límites de su capacidad

para modernizarse. Los intentos por modificar el derecho penal de condicional a una programación de propósitos y convertirlo en un instrumento de control altamente flexible mediante la incorporación de mecanismos de retroalimentación (derecho reflexivo), son incompatibles con la función limitativa de la pena y de protección de la libertad que le es asignada al derecho penal liberal. Más adecuado sería un derecho de coordinación que, por el lado de las consecuencias jurídicas, trabaje no con la pena, sino con sanciones inteligentes (*smart sanctions*) y un poder blando (*soft power*).

- El sexto es un punto de partida basado en la historia de las ideas. En el Estado liberal de derecho, todas las injerencias en la esfera de libertad de los ciudadanos deben ser tan mínimas como sea posible. La frase de Cesare Beccaria (1966, p. 52) de que cada acto de dominio de una persona sobre otra es tiránico cuando no sigue de una necesidad inevitable, también y de forma precisa se aplica a las normas del derecho penal. Lo que no es absolutamente necesario no es proporcional, no es *ultima ratio*, no es constitucional, no está permitido y no puede tolerarse.
- El séptimo, emerge de la crisis carcelaria. Algún día debería imponerse la comprensión de que con estos edificios se trata en realidad de “errores gigantes cometidos en piedra” (Eberhard Schmidt) y la sentencia de prisión en el Estado democrático y liberal de derecho es un anacronismo inconstitucional y, por lo tanto, debe abolirse (véase Pavarini & Ferrari 2018; Scheerer, 2018a, pp. 167-177). Así, entonces, la pregunta por la necesidad del derecho penal también estaría respondida de forma implícita. Dado que al final es solo la sentencia de prisión lo que distingue esencialmente el derecho penal de otras áreas del derecho y sus sanciones, entonces se podría suponer que un sistema penal que se hubiera liberado de la prisión, también “se habría despojado del verdadero odio que conlleva el castigo público y la fusión de este sistema con otros sistemas, que se esfuerzan por la racionalidad finalista y el aseguramiento de la autonomía en el ma-

nejo social y estatal de graves violaciones de intereses, ya no sería un problema”. “Por lo tanto, la ilustración pensada al final podría conducir por antonomasia a la abolición de la pena” (Lüderssen, 1995, p. 415; véase sobre la visión de los cuáqueros –Sociedad Religiosa de los Amigos– acerca del reemplazo de la pena de prisión por reacciones no punitivas, que afirman la vida y reconcilian: *Minute on Prison Abolition*, 1981).

- El octavo, es un pensamiento utópico-experimental y se lee en las palabras que Gerhard Mauz (1975, p. 7) formuló una vez sin temor y con un poco de pathos:

No se tiene que acusar y condenar hasta el final de los días. Sobre las violaciones de nuestros acuerdos, que nosotros llamamos leyes, como si las hubiéramos bajado de las montañas a la manera como lo hizo Moisés, también puede negociarse solidariamente, también puede dirimirse desapasionadamente (al menos para que no haya más sufrimiento, donde ya se está sufriendo). Esto solo presupone que nos abstengamos de juzgar a las personas; que nos decidamos a buscar soluciones con ellos, para ellos y, por lo tanto, también para nosotros. ¿Una utopía? Sería más una utopía imaginar que nuestros esfuerzos por resolver los conflictos, que surgen en relación con nuestros acuerdos, pueden terminar siendo objeto de acusaciones y condenas por siempre, en un derecho que rige sobre nosotros. Mucho más resulta ser una utopía el hecho de imaginar que por siempre podemos tener como objetivo la posibilidad de castigar.

- El noveno, surge del hecho de que existen alternativas radicales a la pena que ya han demostrado su funcionamiento. La justicia restaurativa y transformadora generalmente produce mejores resultados que el curso tradicional del derecho penal (véase Sherman *et al.*, 2015, pp. 1-24; Sherman, *et al.*, 2015a, pp. 401-540; Braithwaite, 2002). También, hay otros *reordering rituals* distintos al proceso penal: todos con sus problemas y defectos, pero todos también con sus ventajas, y otros más podrían inventarse. La compensación autor-víctima, la justicia restaurativa y transformadora pueden enseñarnos bastante, aunque ellas mismas pueden aprender mucho, pero en cualquier caso transmiten de manera convincente un mensaje que no debe olvidarse:

también es posible de otra manera. La reacción no tiene que ser siempre tan estrecha y autoritaria, mientras que –abstrayéndose de todo lo demás– se indaga solo por el incumplimiento de la norma, el culpable y el castigo. La víctima puede estar en el centro. La compensación y una perspectiva de futuro podrían ser más importantes que la exposición al daño. Los autores podrían estar involucrados, no habría que imponerles nada. No se debe “ejecutar” nada sobre ellos, especialmente ninguna pena. No debe tratarse de venganza o retribución, sino de restauración y transformación por medio de acuerdo (3).

Las leyes penales surgen de un proceso de tematización selectiva influenciado por muchos actores, un proceso de clasificación, asociación, acentuación, supresión y dramatización, de modo que el fenómeno que se desea combatir solo obtiene su forma apropiada de cierta manera, cuando no su esencia. Este marco no carece de alternativa, así como la carrera criminal de un individuo no carece de ella, sino que también podría tomar una dirección diferente a través de otro encuadre. Después de un período de culto al Estado y su derecho penal en el siglo XIX y de un momento de desilusión en el siglo XX, es hora de centrarse nuevamente en cuestiones fundamentales de orden y control social. El hecho de que la institución del derecho penal (y mucho menos la prisión) haya sido cristalizada como una innovación para el futuro, es algo que no solo debe dudarse, sino que también debe evitarse.

Notas del autor

- (1) La Ley del Consejo de Control Aliado (*Das Kontrollratsgesetz*) Nr. 11 del 30.1.1946 derogó de un golpe, entre otros, los siguientes tipos penales: Alta traición (§§ 80, 82-86 StGB en la versión del 20 de septiembre de 1945), coacción a órganos constitucionales (§ 81), traición a la patria (§ 87), reclutamiento para servicio militar ajeno (§ 88), acciones de sabotaje contra medios de defensa (§§ 89-91), revelación de secretos de Estado (§ 92), difamación del presidente del Reich (§ 94), alta traición contra un Estado extranjero (§ 102), injuria a órganos o representantes de Estados extranjeros (§ 103), incitación a la desobediencia militar [§ 112)], difamación del Estado o del Partido Nacionalsocialista

Obrero Alemán (abreviado en alemán como NSDAP) y sus símbolos (§§ 134a, 134b), desertión (§§ 140, 140a, 140b), alistamiento para el servicio militar extranjero (§ 141a), sustracción a la obligación de servicio militar (§§ 142, 143, 143a), ultraje a la memoria de los difuntos [§ 189 (3)], destrucción de la fertilidad a pedido (§ 226b), hurto de municiones (§ 291), violación del secreto oficial (§ 353a) y adquisición de uniformes militares o navales (§ 370 inciso 3). En todo caso vale la pena destacar la abolición de la pena de muerte en 1949 y, especialmente (desde 1968), la Gran Reforma del Derecho Penal que marcó hitos en los primeros años con la abolición de la pena de reclusión, de la casa de trabajo y la categoría penal de las infracciones. El comienzo del “retrasado saneamiento del Código Penal alemán” (Hans J. Hirsch) y el desempolvamiento de otras secciones del Código Penal tuvo lugar con la transferencia de muchos delitos de tránsito en la Ley introductoria a la Ley de contravenciones (*Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, EGOWiG por sus siglas en alemán, 1968). La primera, tercera y cuarta leyes de reforma del derecho penal de 1969, 1970 y 1973, también trajeron reales liberaciones con la abolición de la punibilidad del adulterio y del proxenetismo, de la sodomía y de la homosexualidad simple, la reforma al derecho penal de manifestaciones públicas y la reorientación de los llamados delitos de moralidad al bien jurídico de la autodeterminación sexual (Busch, 2005). Cuando el acto de injuriar órganos y representantes de Estados extranjeros (§ 103) se suprimió con efecto a partir del primero de enero de 2018, el argumento fue aparentemente noble a partir del supuesto anacronismo de la “lesa majestad”, pero era más probable que fuera una bofetada simbólica para un expresidente extranjero ya vilipendiado. Esto es evidente por el hecho de que el § 90 (difamación del Presidente Federal) se mantuvo completamente fuera de la discusión (así, también, Schultz, 2017, pp. 1-3).

- (2) Desde luego, el hecho de que la sanción penal solo sirva para castigar actos que son “particularmente dañinos socialmente e insoportables para la convivencia ordenada entre las personas” (BVerfGE 88, 208, 257 y ss.), se deriva –al menos en teoría– de los conocidos principios del derecho penal que se sitúan detrás de conceptos clave como el carácter fragmentario, la proporcionalidad y la subsidiariedad del derecho penal y que culminan en el mandato de recurrir al derecho penal solo cuando todos los demás medios están agotados y han demostrado ser ineficaces. Para la prevención y el manejo de riesgos y desajustes generales en el proceso social, existe el derecho civil y administrativo con sus instrumentos altamente diferenciados y de ninguna manera sin dientes (desde condiciones, cierres de establecimiento, multas y la retirada de permisos y autorizaciones para indemnizaciones por daños físicos, daños morales y responsabilidad por perturbación hasta la ejecución coactiva).
- (3) Esto solo funciona con la voluntariedad de los perpetradores y las víctimas. Si uno no quiere obligar a uno u otro a realizar tales *reordering rituals*, entonces quedaría para los casos restantes el paso en un proceso judicial tradicional. Allí se podría, debido a que solo habría unos pocos casos que reclamaran, finalmente (de nuevo), trabajar de acuerdo con

el Estado de derecho, sin tratos y sin prisas. Naucke (1985) Lüderssen (1995) y Hassemer (2009) fueron mucho más escépticos frente al reemplazo del derecho penal estatal por medio de una original regulación social del conflicto como de alguna manera lo propusieron Baratta (1988, pp. 513-541) y Christie (1977, pp. 1-15). Pero Baratta también abogó por un derecho penal mínimo (similar a Naucke), e incluso Christie en años posteriores fomentó esto como la *última ratio* (Christie, 2016, pp. 4-9; sobre todo también Braithwaite, 2003, pp. 1-20).

Notas del traductor

- (N. del T. 1). La coalición Jamaica (en alemán, *Jamaika-Koalition*) es un término en la política alemana que describe una coalición entre el partido Demócrata (CDU), el Partido Democrático Libre (FDP) y el partido verde (Bündnis 90/Die Grünen).
- (N. del T. 2). Con la palabra ejecutor o ejecución institucional (*institutioneller Umsetzer*) se reconoce aquel fenómeno en el que la reforma científica se restringe y permanece con cierto nivel de impotencia hasta que un partido político la asume como su propia causa y luego la “implementa” en distintas instituciones, es decir, se hace referencia a una especie de proceso de “transposición para dentro de las instituciones”.
- (N. del T. 3). Juego de los abalorios es la traducción equivalente a la palabra *Glasperlenspiel*. Esta es una expresión con la que se intitula una obra de Hermann Hesse en la que el autor anhela encontrar la manera de integrar el todo en un simple juego, en el cual caben la totalidad de los saberes humanos, quienes pueden ser traducidos al lenguaje de este juego.
- (N. del T. 4). El § 217 StGB recientemente fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional alemán. Urteil vom 26. Februar 2020-2 BvR 2347/15.
- (N. del T. 5). La regulación de la promoción comercial del suicidio según el § 217 StGB recientemente fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional alemán. Urteil vom 26. Februar 2020-2 BvR 2347/15.
- (N. del T. 6). Gracias a los convenios o acuerdos de expiación (*Sühneverträgen*) entre el autor de un hecho punible y la víctima el perpetrador promete, entre otras cosas, la reparación por el crimen cometido y, a cambio, del lado de la víctima se renuncia al enjuiciamiento judicial.

Referencias

- Albrecht, P. A. et al. (1992a). *Strafrecht - Ultima Ratio. Empfehlungen der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts*. Baden-Baden: Nomos Verlag.

- Albrecht, P. A. et al. (1992b). *Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung. Vorschläge der Hessischen Kommission ‚Kriminalpolitik‘ zur Reform des Strafrechts*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Albrecht, P. A. (1996). Entkriminalisierung als Gebot des Rechtsstaats. *KritV* 1996, 330-339.
- Amos, M. (2016, octubre 31). Interview mit Elisa Hoven und Thomas Fischer: “Wir erleben eine Moralisierung des Rechts”. *LTO*. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/sexualstrafrecht-reform-elisa-hoven-thmoas-fischer/>.
- Albach, G. (2015). *Zur Verhältnismäßigkeit der Strafbarkeit privater Urheberrechtsverletzungen im Internet*. Norderstedt: Cybercrime Research Institute.
- Bähr, J. (2018, febrero 24). Straffrei, aber geächtet. Wie scheinheilig die Debatte um § 219a geführt wird, *FAZ*, 11.
- Baratta, A. (1988). Prinzipien des minimalen Strafrechts. Günter Kaiser et al. [eds.], *Kriminologische Forschung in den 80er Jahren* (pp. 513-541). Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.
- Beccaria, C. (1966). *Über Verbrechen und Strafen*. Frankfurt a. M.: Insel Verlag.
- Beck, T. A. (2016). *Die Auswirkungen der Großen Strafrechtsreform auf die Gesetzgebung im Kernstrafrecht seit 1975. Fortführung oder Aufgabe der Reformgrundsätze?* Berlin: Logos Verlag.
- Becker, Ch. (2012). Freiheitliche Ordnung, wehrhafte Demokratie und Staatsschutzrecht. *Bucerius Law Journal*, 113-118.
- Becker, M. (2015, enero 9). Warum Blasphemie dazugehört. *Spiegel-online*. <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/kommentar-zu-charlie-hebdo-mehr-blasphemie-bitte-a-1011941.html>.
- Boer, T. A. (2018, enero 25). Dialectics of lead: fifty years of Dutch euthanasia and its lessons. *International Journal of Environmental Studies*, 75(2), 239-250.
- Böllinger, L. (2018). Aufstieg und Fall des Cannabis-Verbots. *Neue Kriminalpolitik*, 239-257.
- Bott, I. & Mitsch, W. (2016). Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings. *KriPoZ* 2016 H. 3, 159-168.
- Braithwaite, J. (2002). *Restorative Justice and Responsive Regulation*. New York: Oxford-University Press.
- Braithwaite, J. (2003). Principles of restorative justice. A. v. Hirsch et al. (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: ¿Competing or Reconcilable Paradigms?* (pp. 1-20), Oxford: Hart Publishing.

- Bundesverfassungsgericht (1957, mayo 10). Decisión del Primer Senado de 10 Mai 1957, BVerfGE 6, 389). <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv006389.html>.
- Bundesverfassungsgericht (2018, junio 22). Decisión 1 BvR 673/18. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/06/rk20180622_1bvr067318.html.
- Busch, T. (2005). *Die deutsche Strafrechtsreform. Ein Rückblick auf die sechs Reformen des Deutschen Strafrechts (1969-1998)*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Christie, N. (1977). Conflicts as Property. *British Journal of Criminology, Delinquency and Deviant Social Behaviour* 17(1), 1-15.
- Christie, N. (2016, marzo), Fünf drohende Gefahren für Restorative Justice. *TOA-Magazin* 1, 4-9.
- Dahm, G. & Schaffstein, F. (1933). *Liberales oder autoritäres Strafrecht?* Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- Dammann, L. (2018). Entkriminalisierung und Entrümpelung des Strafrechts - aus Sicht einer Amtsrichterin. *Räume der Unfreiheit. Texte und Ergebnisse des 42. Strafvverteidigtages Münster* 2,-4.3.2018 (pp. 429-453). Berlin: Organisationsbüro der Strafvverteidigervereinigungen.
- Das Sonderrechtssystem des § 129a StGB (2007). <http://delete129a.blogspot.de/images/Sonderrechtssystem.pdf>.
- Engländer, A. (2015). Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht? *ZStW* 137, 616-634.
- Esposito, B. & Wood, L. (1982). *Prison Slavery*. Washington D. C.: CAPS.
- European Court of Human Rights, EGMR 27.3.1996 App. No. 17488/90, nm. 39, Caso Goodwin c. Royaume-Uni. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62533>.
- Feest, J. (2016). Weg mit der Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB). Eine Petition mit Fußnoten. F. Herzog, et al. (eds.): *Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte. Gedächtnisschrift für Edda Weßlau* (pp. 491-494). Berlin: Duncker & Humblot.
- Fischer, J. (2014). Aktive und passive Sterbehilfe. *Zeitschrift für Evangelische Ethik*, t. 40(1), 110-127.
- Fischer, F. (2015, noviembre 3). Über das Hetzen und Lügen. *ZEIT-online*. de <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-11/volksverhetzung-oeffentlicher-friede-auschwitzluege-strafrecht-fischer-im-recht>.
- Fischer, T. (2018). *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 65° Ed. München: C. H. Beck.
- Greco, L. (2008). Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? *ZIS*, 234-238.

- Hassemmer, W. (2009). *Warum Strafe sein muss: Ein Plädoyer*. Berlin: Ullstein Verlag.
- Haverbeck, U. (2004). Einlassung in Bezug auf die Anklage wegen Volksverhetzung in der Begehungsform der Leugnung des Holocaust vor dem Amtsgericht Bad Oeynhhausen (5 Ds 46 Js 485/03-256/04) in der Hauptverhandlung vom 18. Juni 2004. https://ziladoc.com/download/tatsachen-ursula-haverbeck_pdf.
- Hecker, A. & Meutgens, R. (2019, marzo 6). Das Schicksal der Kronzeugen. *FAZ NET*, 27.
- Hefendehl, R. (2002). *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Heinz, W. (2010). *Der schöne Schein des Strafrechts*, Konstanz: Universität Konstanz. http://www.uni-konstanz.de/FuF/Jura/heinz/Heinz_Schoener_Schein_StrafR.pdf.
- Hörnle, T. (2005). *Grob anstößiges Verhalten*. Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann Verlag.
- Hoven, E. (2017a). Was macht Straftatbestände entbehrlich? Plädoyer für eine Entrümpelung des StGB. *ZStW*, 334-348.
- Hoven, E. (2017b). Entbehrliche Straftatbestände. *DRiZ*. 280-285.
- Hunter, J. D. (1991), *Culture Wars: The Struggle to Define America*. New York: Basic Books.
- Husak, D. R. (1992). *Drugs and Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Husak, D. R. (2009). *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*. Oxford, 2009.
- Huster, S. (1996). Das Verbot der "Auschwitzlüge", die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht. en *NJW*, 487-491.
- Kinzig, J. (2017). Tote Tatbestände. *ZStW* 129(2) 415-422.
- Kolbe, D. (2011). *Strafbarkeit im Vorfeld und im Umfeld der Teilnahme (§§ 88a, 110, 11, 130a und 140 StGB)*. Berlín: Walter de Gruyter.
- Kreuzer, A. (2017, diciembre 27) Reformiert endlich das Strafrecht! *Die Zeit*. <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-11/kriminalpolitik-grosse-koalition-strafrecht-kriminologie>.
- Kubatta, Z. (2008). *Zur Reformbedürftigkeit der Verkehrsunfallflucht (§ 142 StGB)*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen.
- Kubiciel, M. (2018, febrero 15). ¿Was wird aus dem Strafrecht? Koalitionsregierung und Kriminalpolitik - die Wissenschaft muss mit der Betrachtung der Wirklichkeit beginnen und ihre Leitbilder anpassen. *FAZ*, 6.
- Kubiciel, M. (2017), Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände. *ZStW* 129, 473-491.
- Lautmann, R. (1994). *Die Lust am Kind. Porträt des Pädophilen*. Hamburg: Ingrid Klein Verlag.

- Lenz, H. (2017). *Die Jugendschutztatbestände im Sexualstrafrecht. Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht Jugendlicher und paternalistische Intentionen*. Baden-Baden: Nomos-Dike.
- Lüderssen, K. (1995). *Abschaffen des Strafens?* Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Mauz, G. (1975). *Das Spiel von Schuld und Sühne. Die Zukunft der Straffjustiz*. Düsseldorf: Diederichs Verlag.
- Minute on Prison Abolition (1981) Approved by Canadian Yearly Meeting of the Religious Society of Friends in 1981*. <https://quakerservice.ca/wp-content/uploads/2011/05/CYM-Minute-on-Prison-Abolition.pdf>.
- Mitsch, W. (2018). Der unmögliche Zustand des § 130 StGB. *KriPoZ* 4, 198-203.
- Mittermaier, C. J. A. (1819). *Über die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern*. Bonn: Edward Weber.
- Naucke, W. (1984). Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung. *GA*, 199-217.
- Naucke, W. (1985). *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff (Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main)*, Wiesbaden: F. Steiner Verlag.
- Nestler, C. (2017). Das Verbot weicher Drogen. *ZStW*, 467-472.
- Neumann, U. (2004). Gustav Radbruchs Beitrag zur Strafrechtsreform. *KJ* 2004, 432-441.
- Pavarini, M. & Ferrari, L. (2018): *No Prison*. London: EG Press Limited.
- Pierce, J. P. et al. (2011). Prevalence of Heavy Smoking in California and the United States, 1965-2007. *JAMA: The Journal of the American Medical Association*; Vol. 305 (11), 1106-1112.
- Presseerklärung des Deutschen Richterbunds v. 2.3.2015, #7/15 Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Doping im Sport*. <https://www.drj.de/positionen/stellungnahmen/stellungnahme/news/715/>.
- Radbruch, G. (1932). *Rechtsphilosophie*. Leipzig: Quelle & Meyer.
- Renzikowski, J. (2016). Nein! - Das neue Sexualstrafrecht. *NJW*, 3553-3558.
- Reuter, D. (2005). *Verbotene Symbole. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung zum Verbot von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen in § 86a StGB*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Rind, R. et al. (1998), A Meta-Analytic Examination of Assumed Properties of Child Sexual Abuse Using College Samples. *Psychological Bulletin* Vol. 124/1, 22-53.

- Rose, F. (2018, julio 30). Zuckerberg was right about how to handle Holocaust deniers. *Washington Post*. https://www.washingtonpost.com/news/worldpost/wp/2018/07/30/facebook/?noredirect=on&utm_term=.2ca021493068.
- Scheerer, S. (2018a). Abschaffung der Gefängnisse. *Kriminologische Journal (KrimJ)*, 50(3), 3 167-177.
- Scheerer, S. (2018b). Entrümpelung und Entkriminalisierung. *Räume der Unfreiheit. Texte und Ergebnisse des 42. Strafverteidigertages, Münster 2.-4.3.2018*, Berlin, 433-453.
- Scheerer, S. (2019). Entrümpelung und Entkriminalisierung. *KJ* 52,131-146.
- Scheler, F. (2016, marzo 3). Anti-Doping-Gesetz: "Darf der Staat das überhaupt?" Interview von Fabian Scheler mit Paul Lambertz. *ZEIT-online*. <https://www.zeit.de/sport/2016-03/anti-doping-gesetz-kritik>.
- Schmidt, E. (1983). *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3^a ed. Göttingen: Vandenhoeck.
- Schmid, G. & Treiber, H. (1975). *Bürokratie und Politik. Zur Struktur und Funktion der Ministerialbürokratie in der Bundesrepublik Deutschland*. München: Fink.
- Schmidt-Semisch, H. & Hess, H. (Eds.) (2014). *Die Sinnprovinz der Kriminalität. Zur Dynamik eines sozialen Feldes*. Wiesbaden: Springer Verlag.
- Schultz, M. (2017). "Grußaugust, Wandervogel", Majestätsbeleidigung ist Bürgerpflicht. *Freispruch* 10(3), 1-3.
- Sherman, L. W. (2015). *et al.*, Are Restorative Justice Conferences Effective in Reducing Re-peat Offending? Findings from a Campbell Systematic Review. *Journal of Quantitative Criminology* 31(1), 1-24.
- Sherman, L. W. *et al.* (2015a). Twelve experiments in restorative justice: The Jerry Lee program of randomized trials of restorative justice conferences. *Journal of Experimental Criminology* 11(4), 501-540.
- Sandfort, T. *et al.* (1991). *Male intergenerational intimacy*. New York: Harrington Press.
- Sellin, T. (1976). *Slavery and the Penal System*. New York: Elsevier.
- Statista Research Department (nueve de abril de 2019). Polizeilich erfasste Fälle von Volksverhetzung in Deutschland bis 2018. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/157434/umfrage/polizeilich-erfasste-faelle-von-volksverhetzung-seit-1996/>.
- Tolmein, O & Radbruch, L. (2017). Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung: Balanceakt in der Palliativmedizin. *Deutsches Ärzteblatt* 114, 627-634.
- Uwer, T. (2015, septiembre). Strafbare Möglichkeiten. Zu § 89 a, b, c StGB. *Freispruch*, 7, 9-12.

- Ulrich, H. M., Mickey, R. & Shawn, A. (2005). Child Sexual Abuse: A Replication of the Meta-analytic Examination of Child Sexual Abuse by Rind, Tromovitch, and Bauserman (1998). *The Scientific Review of Mental Health Practice: objective investigations of controversial and unorthodox claims in clinical psychology, psychiatry and social work* (SRMHP) 4 (2), 37-51.
- Vormbaum, T. (2011). *Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik*. Berlin: LIT Verlag.
- Werb, D. *et al.* (2013). The temporal relationship between drug supply indicators: an audit of international government surveillance systems. *BMJ Open* 2013. <https://bmjopen.bmj.com/content/3/9/e003077>.

La aceptación de cargos en el proceso penal y las garantías*

*Erika Yolanda Aristizábal Murillo***

Resumen: El ordenamiento jurídico consagra la aceptación de cargos excediendo los términos constitucionales fijados para los principios de oportunidad y del consenso; adicionalmente, la jurisprudencia mayoritaria trastoca los fines de la ley penal cuando sienta algún precedente sobre este tema. Por ello, es imperioso estudiar cómo debe enfocarse dicha institución procesal a la luz de la ley y la Constitución Política y evaluar su legitimidad; además, precisar si se cumple o no con la garantía de contradicción, de tal manera que ella permita el acceso material a la justicia de todas las partes e interesados en el proceso penal. Todo ello, adviértase, de cara a edificar una sentencia justa que cumpla con los fines del derecho penal y de la pena y, naturalmente, que no sea el resultado de la renuncia a la verdad material.

Palabras claves: Aceptación a cargos, Constitución, garantías, ley penal, verdad material.

Abstract: The legal system establishes the acceptance of charges exceeding the constitutional terms set for the principles of opportunity and consensus; additionally, the majority jurisprudence has overturned the aims of the penal law when it sets a precedent on this subject. For this reason, it is imperative to study how this procedural institution should focus in light of the Law and the Political Constitution and to evaluate its legitimacy; in addition, if the guarantee of contradiction is fulfilled or not in such a way that it allows material access to justice of all the parties and interested in the criminal process. All this be warned,

* Artículo de reflexión presentado para optar al título de maestro en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia); la dirección estuvo a cargo del Profesor Fernando Velásquez Velásquez.

** Abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana; especialista en Derecho Penal y Criminalística de la Universidad de Medellín y Derecho Procesal Penal de la Universidad Autónoma. Correo de contacto: erika.aristizabal4@gmail.com.

in order to build a just sentence that meets the purposes of criminal law and punishment and, naturally, that is not the result of renouncing the material truth.

Keywords: guilty plea, Constitution, criminal law, guarantees, material truth.

Introducción

El hombre es el más noble de los animales que existen, siempre y cuando no esté separado de la justicia y la ley. Aristóteles.

La aceptación de cargos, denominada erróneamente entre nosotros como “allanamiento”, fue concebida como una forma de terminación anticipada del proceso penal de corte acusatorio, en tanto permite la emisión de una sentencia condenatoria sin el agotamiento de la actuación y del debate propio del juicio oral, siempre que exista prueba sobre la responsabilidad aceptada y se preserven las garantías fundamentales (Sent. T-091/2006, CConst., con. 1). Su génesis radica en la imposibilidad de la administración de justicia para procesar todos los delitos (Zamora, 2016, pp. 177-188), en atención a la crisis de los modelos de enjuiciamiento tradicionales en razón del aumento de la complejidad de los casos (Silva, 2007 pp. 34-35), la criminalidad organizada (Ferrajoli, 2005, pp. 71-88) y, añádase, la máxima intervención del derecho penal atribuida a razones de política y seguridad (Sotomayor, 2008, p. 155) que provocó una mayor duración de los procesos y un incremento de la congestión judicial.

Sin embargo, ese instituto se ha convertido en una herramienta que permite la mutación del proceso que busca eficacia para emitir una sentencia y, expresan los doctrinantes, se fundamenta en la doctrina del derecho penal del enemigo (Sotomayor, 2008, p. 150). Adicional a ello, debe señalarse que la aceptación de cargos no tiene asidero en la Constitución Política, pues del tenor del parágrafo 1 del artículo 250 se desprende que la Fiscalía no puede disponer del juicio ni tiene la potestad de reducir la pretensión punitiva señalada para cada delito, como derivación del principio de oportunidad

en sentido amplio. Por ello, no es de extrañar que cuando en el derecho comparado los estudiosos se ocupan de este instituto sean dos las posturas asumidas: una, a partir de concepciones como la de Alschuler (1979, pp. 1-43) y Ferrajoli (2004, p. 609), quienes pregonan que la aceptación de cargos es incompatible con las garantías fundamentales y los fines del derecho penal y del proceso penal; y otra, desde las elaboraciones construidas por la jurisprudencia norteamericana, portorriqueña, alemana y colombiana, entre otras, para la cual no se vulnera el debido proceso y con ella se alcanzan los fines del derecho penal de prevención y protección, a más de darle solución judicial al caso concreto.

En ese contexto, las principales críticas a esta forma de terminación anticipada del proceso han sido expresadas por Ferrajoli (2004), Schünemann (2002 p. 291), Hassemer (1988, pp. 8 y ss.), Barona (1994, p. 30) y Amodio (2003 p. 195), entre otros, quienes consideran que esa figura resquebraja el principio de legalidad, descontextualiza el objeto del proceso penal de cara a la búsqueda de la verdad y permite que se condene a una persona sin que se surta la fase de la producción y la contradicción de la prueba, entre otros argumentos de común usanza. En forma complementaria, Ambos y Woischnik (2000, pp. 835-896) –Alemania–, De Diego (1999 pp. 75-78), Rodríguez (1997, pp. 296-298), Gómez (2008, pp. 135-38), Armenta (2015, pp. 121-139) –España–, Del Río (2008, pp. 157-182) –Chile– y Galain (2005 pp. 159-196) –Uruguay–, señalan diversos argumentos llamados a fortalecerla para hacer de ella una figura legítima; sin embargo, en la actualidad no se ha logrado una adecuada ponderación entre la funcionalidad de la negociación y las garantías procesales.

En ese marco conceptual esta investigación busca responder a la siguiente pregunta: ¿Cómo debe concebirse la Constitución para lograr que la transmutación y la legitimación del instituto de la aceptación de cargos, se haga conforme a los fines del derecho penal y a las garantías constitucionales? Por ello, de cara a responder esa pregunta problema, el objetivo general de esta incursión académica es reformular el escenario en el cual debe operar esta admisión de la responsabilidad, la contradicción probatoria que debe implan-

tarse, el control que debe ejercerse por las partes y el juez y, sobre todo, las rebajas punitivas que deben permitirse, a la luz de los fines anotados. Como objetivos específicos, se busca hacer una crítica de las diversas concepciones involucradas en el asunto y formular una propuesta concreta que sirva para dar respuesta a cada una de las críticas estudiadas por la doctrina.

Con ello, los resultados esperados son: en primer lugar, determinar el momento procesal en el cual debe operar la figura; en segundo lugar, precisar la manera como puede contradecirse la prueba a través de la actividad de la defensa en las diversas etapas de la investigación y del proceso; y, en tercer lugar, señalar cuáles son los controles materiales que debe realizar obligatoriamente el juez en cada caso concreto.

Este análisis se lleva a cabo con base en una metodología descriptiva –que tanto se prevale del método deductivo como del inductivo, sin echar de menos el método comprensivo– de los fines, los medios y las garantías que han sido definidos en el contexto histórico del derecho penal, amén de la conceptualización del principio de oportunidad y legalidad dada en Colombia y en otros países –que han sido seleccionados como los más representativos para los efectos de esta exploración académica– con miras a que a partir de un método crítico y deductivo de las oposiciones formuladas por los doctrinantes, se pueda precisar si la aceptación de cargos puede ser instrumentalizada con apego a los fines del derecho y del proceso penal, es decir, a las garantías constitucionales. A tal efecto, se emplean fuentes del derecho nacional y comparado; doctrina nacional y extranjera y jurisprudencia.

Con base en lo anterior, a continuación se abordan –en primer lugar– los fines del proceso y del derecho penal en un Estado social y democrático de derecho; a continuación, en segundo lugar, se conceptúan los principios de legalidad y oportunidad. En tercer lugar, se continúa con una descripción de las garantías constitucionales y de la teoría del garantismo, de cara a verificar la forma como se da cabida a la aceptación de cargos en otros lugares a cuyo efecto se toman como punto de referencia las normativas de Norteamérica, Italia, Alemania y España. Así mismo, en cuarto lugar, se explora la

jurisprudencia nacional sobre la contradicción probatoria en el escenario del “allanamiento” o aceptación de cargos, para lo cual se caracterizan las líneas jurisprudenciales trazadas, las interpretaciones y el alcance que se le ha dado al asunto, de cara a definir los condicionamientos que deben ser precisados para abrirle espacio a las garantías ya citadas. También, en quinto lugar, se echan las bases para un nuevo modelo de aceptación de cargos; y, finalmente, en sexto lugar, se exponen las conclusiones y se consignan las referencias utilizadas.

Los fines del derecho penal y del proceso penal

Históricamente, se ha partido de la idea de que el derecho surge para regular las relaciones entre los hombres para que estos puedan vivir en comunidad, contexto del que –por obvias razones– el derecho penal no es ajeno y a partir del cual se establecieron unos fines. En efecto, para Beccaria (2014, p. 81) esta rama del derecho nace para reafirmar el contrato social, es decir, para establecer normas que regulen el derecho a la libertad de los ciudadanos, conteniendo al monarca quien tenía el poder de limitar las libertades de los presuntos delincuentes y preservar así otras libertades de los demás ciudadanos. De esta manera, el derecho penal contiene normas del deber ser y prohibiciones específicas a los ciudadanos e impone, en virtud de ello, una pena en los eventos en que ellas se trasgredan. A su turno, Carrara (1988, p. 3) se refiere los tres grandes temas que constituyen el objeto de la ciencia penal: el primero, hace alusión a que el derecho penal tiene por misión contener las aberraciones de la autoridad social en la prohibición; el segundo, controlar la represión; y, el tercero, limitar la autoridad en el juicio, para que se mantenga en las vías de la justicia y no degenera en tiranía.

En épocas contemporáneas, autores como Hassemer (1998, pp. 37-42) entienden que el derecho penal es una manera de formalizar ese contrato social y de este modo proteger derechos humanos, mientras que Velásquez (2018, p. 164) estima que sirve para velar por la seguridad jurídica, esto es,

el derecho penal y la legislación son un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos, para la salvaguardia de los valores fundamentales del individuo y la comunidad, lo que se traduce en la protección de bienes jurídicos. Conceptos a partir de los cuales se concluye, en uno y otro caso, que la misión del derecho penal es la protección de los derechos o libertades de cada ciudadano como individuo o como comunidad. De lo anterior se deriva, pues, que el derecho penal deba propender por la protección de los derechos humanos y que la pena deba ser la afirmación pública y el aseguramiento de las normas fundamentales, producto de lo que un conglomerado entrega de manera concertada y voluntaria para la resolución de sus conflictos a un Estado (poder soberano), bajo unas determinadas reglas.

Para tales efectos, el derecho penal hace uso de unas herramientas sin las cuales su finalidad no tiene sentido y que se constituyen en límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, tanto desde el punto de vista formal como material. Por ello, él se funda en el principio de la dignidad humana; en el axioma de la legalidad, que le asegura a su destinatario la preexistencia de la prohibición y de la pena y la vigencia de un debido proceso legal, en cuya virtud él debe ser rituado por un juez natural, amén del derecho a participar en él; puede presentar pruebas y controvertir; el derecho de defensa y; añádase, con una ejecución penal encaminada a velar por la resocialización del reo en el marco de un tratamiento humanitario.

Además, se basa en la igualdad ante la ley, en la proporcionalidad de la injerencia, en el principio de necesidad de intervención y de *ultima ratio*, la protección frente a penas crueles; en el postulado de lesividad o protección de bienes jurídicos o de dañosidad social; en el principio de la materialidad del delito; en el principio de culpabilidad y, en fin, en el principio de causalidad e imputación objetiva (Ferrajoli, 2004, pp. 209 y ss.; Velásquez, 2018, pp. 42 y ss.). De este modo, se resalta que el derecho penal nació para proteger al reo de las arbitrariedades del Estado, al cual se le da el poder soberano de castigar los delitos, pudiendo a través de la sentencia proteger a la víctima.

Lo antes dicho comporta que el derecho penal no se agota en la norma sustantiva y requiere en su conjunto de las normas procesales y de ejecución penal para la persecución del delito; en este segundo conjunto normativo, también se perciben unos fines a los que debe responder del proceso penal. Por ello, Ferrajoli (2004 p. 335) explica que –en tanto la ley penal se dirige a minimizar una doble violencia entre el prohibir y reprender, previniendo mediante su parte prohibitiva con la fuerza manifestada en los delitos y mediante su parte punitiva con la fuerza manifestada en las venganzas u otras posibles reacciones informales– el juicio y la imposición de la pena protegen a los presuntamente responsables contra las venganzas u otras reacciones más severas de la comunidad y la víctima.

En sintonía con esta postura, García (1998, pp. 333–374 y 2014, pp. 1167–1190), expresa que los fines del proceso penal son, en primer lugar, activar la función punitiva del Estado: conocer el delito y la responsabilidad de ciertas personas; y, en segundo lugar, aplicar de este modo las penas que procedan, lo cual se traduce en determinar la responsabilidad de los hechos y en el esclarecimiento de los hechos. Para este autor la sentencia es el mecanismo verdadero de acceso a la justicia, mientras que la posibilidad de someter el litigio a los tribunales, presentar pruebas y formular alegatos es apenas una manifestación formal del mismo asunto; por tanto, la sentencia es el resultado del proceso penal luego de una experiencia del conocimiento que evoluciona hacia la búsqueda de la certeza de la realización de una conducta delictiva por parte de un determinado autor (Molina, 2012 pp. 51 y ss.).

O, en términos de Beling (1943, p. 4), el proceso debe dar cuenta de un método de conocimiento que permita llegar a la construcción de una verdad obtenida no de cualquier modo, sino acorde con los principios inherentes al estado social de derecho y que en virtud de ello, legitime la restricción de la libertad o la imposición de una pena. Así las cosas, en materia de la verdad como fin último del proceso a través de la sentencia, bien vale la pena recordar a Hassemer (2003, p. 84) cuando afirma que ella no puede ser entendida como “la verdad objetiva”, sino como el deber de apoyar una condena sobre aquello que indubitadamente puede darse por comprobado.

En síntesis, el proceso penal tiene como fin garantizar el acceso material a la administración de justicia, profiriéndose al final una sentencia justa que será el resultado de la aplicación de un método de conocimiento de construcción de la verdad efectuado a través de la materialización de las garantías fundamentales del procesado y partiendo de la necesidad de proteger los derechos de la colectividad; con ello, la protección a la víctima será un efecto de esa sentencia justa. De esta forma, el proceso penal es determinado por los contenidos del derecho penal sustantivo, pero, a su vez, es moldeado por los principios propios de la teoría general del proceso dentro del modelo político constitucional definido (Roxin, 2000 pp. 2-10). Así, los fines del proceso aquí expresados son los propios de un Estado social y democrático de derecho, en el cual el imperio de la ley es expresión de la soberanía popular para la construcción del poder y, por ende, compatible con los derechos humanos (Díaz, 1998, p. 15; Fioravanti, 1998, p. 58; Habermas, 1998, p. 52). Este enfoque es plenamente aplicable al derecho colombiano acorde con el artículo 1° de la Constitución Política.

El principio de legalidad y el principio de oportunidad en sentido amplio

Consecuente con lo expuesto, y en atención a que el modelo de estado asumido por el constituyente es el propio de un Estado social de derecho, democrático y fundado en el respeto de la dignidad humana, con prevalencia del interés general y sometido al imperio de la ley como consecuencia racional (CN, art. 1), parece evidente que toda la actuación de la organización social cuando, a través de los órganos instituidos para esos efectos, ejerce la potestad punitiva del estado está regida, en todo, por el principio de legalidad o postulado *nulla poena sine lege*, que se erige en la suprema limitante formal al ejercicio de esa actividad (Velásquez, 2013, p. 154).

Este postulado, entonces, sirve para evitar la creación de figuras punibles borrosas, indeterminadas, sin ley previa, escrita y previa, otro tanto cabe

decir de las sanciones penales; de ello se derivan, pues, cuatro consecuencias: 1) la prohibición del derecho consuetudinario; 2) la prohibición de retroactividad; 3) la prohibición de analogía y 4) la prohibición de leyes penales indeterminadas (Roxin 1997, pp. 134 y ss.; Velásquez, 2018, p., 77). Es tal la importancia de este axioma, que de él se deriva el principio de legalidad procesal, en cuya virtud se establece como una garantía la existencia de un debido proceso penal y la intervención de un juez natural que lo ritúa.

Sin embargo, dado que es imposible que el Estado a través de los órganos estatuidos para la persecución penal pueda investigar y juzgar a todos los ciudadanos que infringen la ley penal (y ello no solo por razones materiales), al diseñar las herramientas procesales para cumplir con esa tarea se acude a sistemas de corte acusatorio que, en principio, están afincados sobre el principio de legalidad pero que, con base en criterios de utilidad, acuden al llamado principio de oportunidad que, entre otras cosas, busca hacer más racional y efectiva la tarea de persecución penal. Son, pues, dos los pilares que permiten edificar ese patrón procesal: el principio de legalidad y el principio de oportunidad (Gómez, 2015, p. 399; y Urbano, 2013, pp. 23 y ss.).

Esta realidad jurídica por sí sola supone un problema enorme (Almeida, 2008, p. 355; Hassemer, 1988, pp. 8-9), pues se trata de dos axiomas fundados en orientaciones muy diversas que se contraponen; es más, el principio de oportunidad es propio de los sistemas del *common law* y el de legalidad de los sistemas derivados del *civil law*; por ello, entonces, cuando se implanta el axioma de oportunidad reglado o no en los sistemas, la separación que se hace entre la función acusadora y la juzgadora (principio acusatorio) genera marcadas distinciones porque se debe precisar si la persecución se realiza en consonancia con el principio de legalidad o con el de oportunidad y, lógicamente, se debe mirar su impacto en los actos de defensa y en el convencimiento que se lleve al juez en torno de la responsabilidad o no del inculpado.

Si se asume el principio de legalidad (Gössel, 1984, p. 14) la Fiscalía tiene el peso de la acusación pública y, por ende, debe adelantar la acción penal en relación con todos los hechos con relevancia penal que lleguen a su conoci-

miento hasta que culmine su actividad con la emisión de una sentencia en firme, sin poderes de suspensión o renuncia del procedimiento o, de disposición de la consecuencia jurídico penal prescrita para la conducta desplegada. Su única autonomía, entonces, reside en la posibilidad de decidir en torno a si los hechos de los que conoce la justicia penal constituyen indicios suficientes de la comisión de un hecho punible, con su consecuente posibilidad de archivo y, además, en verificar si las pesquisas llevadas a cabo permiten concluir si hay motivo suficiente para formular la acusación pública. Sin embargo, recuérdese, aún en esos eventos las funciones de persecución penal se encuentran sometidas a un control judicial para evitar acusaciones arbitrarias o verificar si es plausible esa omisión de la acusación en el caso de que se produzca el archivo. Desde luego, este control también es una consecuencia del principio de legalidad en el proceso.

Diametralmente opuesto a ello, son las funciones del ente persecutor cuando se introduce el principio de oportunidad porque –en atención a razones propias de la política criminal del Estado–, el Fiscal decide cuándo es conveniente ejercer la acción penal y, por motivos utilitarios, la ejerce a su discreción en aquellos casos que entienda más relevantes (Velásquez, 2018a, pp. 21 y ss.), o, lo hace sin sujetarse a los estrictos términos que demarca la ley (Moreno, 2002, p. 50). Por supuesto, dentro de esta discrecionalidad se incluye cualquier instrumento que sea útil para la deflación de la acción penal, como sucede en los casos de delitos bagatela, querrela, acusador privado, eventos de renuncia a la acción penal bajo el sometimiento del imputado al cumplimiento de determinadas condiciones o a la solicitud de la condena en términos que previamente se han pactado con el acusado (Almeida, 2008, pp. 351-357).

Infortunadamente, con ocasión de esta multiplicidad de perspectivas, existe una confusión cuando se aborda el concepto de principio de oportunidad en su enfoque amplio respecto de su enfoque restringido y, por tanto, es conveniente traer a colación ciertas distinciones (Del Rí o 2008 p. 161; Velásquez, 2011, p. 132) para aclarar que en sentido amplio el principio de oportunidad involucra todas las herramientas destinadas a evitar el proceso

y la sentencia, por razones de conveniencia y utilidad (como sucede con la suspensión de la persecución penal art. 325 CPP; las negociaciones, art. 348, e incluso los mecanismos de conciliación y la mediación, arts. 518 y 523) y, en sentido estricto, opera cuando el órgano persecutor puede prescindir del deber de ejercer la acción penal y de acusar en casos muy específicos (art. 323 CPP). Esta diferenciación resulta de vital importancia para entender, como posteriormente se expone, que constitucionalmente solo está regulado al principio de oportunidad en sentido estricto mas no en un sentido amplio.

Otro matiz del asunto es el propuesto por autores como Bacigalupo (1988, p. 14) y Lamadrid (2018, pp. 129 y ss.) quienes entienden el principio de oportunidad como un tratamiento penal diversificado que responde al principio de mínima culpabilidad y a la disminución del interés público de la acción penal y, por ende, desechan con ello cualquier manifestación de negociación como expresión de ese axioma; esta posición es minoritaria y contrasta con el entendimiento del asunto por parte de la doctrina mayoritaria, de la cual se deduce, como hasta ahora se ha hecho, que cualquier evitación del proceso o juicio derivado de una negociación o declaración de culpabilidad es consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad, entendido en un sentido amplio. Así las cosas, de lo expuesto se deduce que el principio de oportunidad riñe con el de legalidad y sus profundos efectos se describen a continuación.

Primero, afecta de manera directa el ámbito de protección del derecho penal, sus fundamentos y sus medios de instrumentalización, porque aunque el primero no significa carencia de ley sí es el resultado de la desviación del *ius puniendi* (De la Oliva, 1992, pp. 9882-9883), dado que éste deja de ser declarado o establecido según pautas legales y queda sometido al arbitrio reglado o no del órgano persecutor. Con ello, cuando el proceso penal termina anticipadamente por vía de la aceptación unilateral de cargos, los fines de la ley penal y procesal se diluyen porque, en primer término, el sometimiento del funcionamiento del Estado al imperio de la ley se desconoce; se prohíja la impunidad, en tanto no se determina correctamente la responsabilidad ni se penaliza conforme a esa ley previamente establecida, debido a la reducción de

pretensiones del acusador y a que el tribunal o el juez debe seguidamente reducir la pena aplicable (García, 1998); esto se traduce en el desconocimiento del principio de oficiosidad, el cual alude al monopolio del ejercicio de la acción penal en la Fiscalía, a su función de esclarecer los hechos de manera objetiva, iniciando, desarrollando y finalizando el proceso conforme a las normas imperativas que regular el interés público de protección de los bienes jurídicos (rol de maximización de los derechos individuales) con el fin de reafirmar la confianza de los asociados en los fines del derecho penal a través de la investigación penal (prevención general positiva) (Bernal & Montea- legre, 2004, p. 181). Como colofón, el principio de oportunidad debilita el aseguramiento de las normas fundamentales que son menoscabadas por una selección oportunista del proceso.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el principio de oportunidad interfiere con el de la no disponibilidad del proceso, el de la inmutabilidad del objeto del proceso y el de prohibición del juez de crear normas penales. Sobre el principio de oficiosidad o no disponibilidad del proceso, como lo dice Clariá (2004, p. 235) el objeto del proceso, hecho y pretensión debe mantenerse hasta tanto el proceso cumpla con su finalidad específica, [...] el proceso solo puede evitarse, truncarse o paralizarse cuando media causa legal, con exclusión de todo criterio dispositivo. Si esa causa existe, el imputado no puede renunciar válidamente al efecto previsto por la ley”. Y, por supuesto, tampoco sería razonable que el juez se viera vinculado a esa decisión de modificación, eliminación o reducción del contenido del proceso penal, su objeto y la prueba de ese objeto, pues en este evento el juez crearía normas penales diferentes a las consagradas en el derecho penal sustantivo.

Al mismo tiempo, en tercer lugar, el principio de oportunidad resquebraja el principio de igualdad porque una implantación únicamente oportunista de las normas del proceso penal da una impresión de desigualdad o de dilución de la norma, pues no obliga a una aplicación igualitaria de las normas jurídicas, al provocar penas indeterminadas en la ley y disimiles en

todos los casos porque se da un trato diferenciado en cada caso acorde con la etapa del proceso.

En cuarto lugar, añádase, diluye la división de los poderes en aquellos casos en los cuales la autoridad instructora pueda disponer de la norma penal, dado que la fiscalía debe dejar el juicio de punibilidad sobre determinado comportamiento en manos del juez (Hassemer, 1988) y no haciendo calificaciones mañosas o introduciendo o quitando hechos penalmente relevantes que generen una variación en la legalidad de la pena.

Finalmente, en quinto lugar, es oportuno advertir que el principio de oportunidad también afecta de manera directa a la inmediatez, concentración y contradicción probatoria, dado que devalúa el juicio y la fase probatoria, tanto cuando se elimina el proceso de persecución en la parte de indagación como cuando se sustrae de la práctica del juicio y esto, a su vez, obstaculiza el acceso material a la administración de justicia, pues no en todos los eventos existirá una sentencia justa o basada en la verdad material como requisito para desvirtuar la presunción de inocencia y emitir una sentencia condenatoria, dejando de un lado la dialéctica propia de los estados democráticos y la persecución de la verdad.

Adicional a los efectos antes señalados, surge otro problema que —como se enunció— se percibe en el ordenamiento jurídico procesal y es que cualquier discrecionalidad debe estar reglada en virtud de las normas constitucionales y legales que la admitan (Jescheck 1981, I, p. 208; Maurach/Zipf, 1994, pp. 218-219) y, en Colombia, esto no sucede frente a las aceptaciones de culpabilidad o negociaciones.

Desde luego, es importante diferenciar el principio de oportunidad del principio del consenso para no caer en confusiones, pues ambos conceptos no son equiparables. El consenso, alude a la posibilidad que tienen las partes sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional para su satisfacción (Velásquez, 2018a, p. 54); sin embargo, las manifestaciones de este apotegma son diversas: a veces, el consenso se produce sobre un tópico de la actuación, mientras que en otras ocasiones

ello lleva a la posibilidad de acudir a mecanismos no jurisdiccionales ni de índole punitiva para resolver el conflicto (Del Río, 2008, pp. 157-158). Es decir, la decisión de eludir algunas etapas del proceso o de variar o eliminar algunas pretensiones es, concretamente, la manifestación del principio de oportunidad, pero que esa decisión sea producto de la aceptación de una verdad formal o consensuada que beneficia a las partes negociadoras, es lo que constituye el principio de consenso. Cada transacción, obviamente es producto de un consenso, pero que el objeto del negocio sea la modificación de hechos, pretensiones, eliminación de pasos del procedimiento, reducciones de pena es en sentido propio el cariz del principio de oportunidad; dicho de otro modo, sin oportunidad o discrecionalidad del fiscal no habría incentivo y sin incentivo no habría negociación.

Las garantías y el garantismo

Hasta ahora se ha mostrado como las formas de evitación del proceso producto de la aceptación de la culpabilidad resquebrajan una serie de principios que gobiernan el sistema procesal penal (Ferrajoli, 2004, pp. 747 y ss.), ahora deben mirarse las garantías penales que se encuentran intrínsecas en dichos principios y que, naturalmente, se ponen en riesgo cuando se activan este tipos de mecanismos con contenido oportunista de la acción, con lo cual se señalarán las garantías que un proceso de índole acusatorio debe contener.

Las garantías se definen como los medios o instrumentos que la constitución política pone a disposición de los habitantes para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, individuos o grupos sociales; mientras que las garantías procesales son las instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos, dentro del proceso (Catanese, s/f). A su turno, los principios penales son normas constitucionales con incidencia en el proceso que afectan el ritual y determinan la correcta persecución estatal, mientras que las garantías procesales penales son el conjunto de

normas que amparan a los ciudadanos frente al poder de persecución penal (Guerrero, 2013, p. 39).

Luego, el derecho procesal penal materializa el derecho penal material que conduce a un castigo o a una liberación del imputado, existiendo así una unión estrecha entre el derecho constitucional y el derecho procesal penal, dado que éste último termina por ser un “derecho constitucional reformulado” (Maier, 1989, p. 119). Con ello, las garantías penales se erigen en una proyección procesal que le indican al astado cuándo y cómo podrá condenar a una persona a cumplir determinada pena y, cuándo y cómo no podrá hacerlo (Cafferata, 2011, p. 14), para respetar esa presunción de inocencia que lo cobija y le brinda un juicio justo. Y desde el ámbito penal sustantivo, delimitando el hecho caracterizado como delito y blindando al ciudadano antes de la iniciación de la persecución penal y durante su desenvolvimiento posterior.

Por ello, con la obra de Ferrajoli (2004, pp. 91 y 93) se logran sistematizar las garantías de libertad o de verdad y construir un sistema ideal de judicialización que proviene de once principios a saber: pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa; de allí, se desprenden diez axiomas del garantismo penal que se descompone a partir de las siguientes máximas latinas: *A1 Nulla poena sine crimine*: No hay pena sin crimen. *A2 Nullum crimen sine lege*. No hay crimen sin ley. *A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate*. No hay ley penal sin necesidad. *A4 Nulla necessitas sine iniuria*. No hay necesidad sin daño. *AS Nulla iniuria sine actione*. No hay daño sin acción. *A6 Nulla actio sine culpa*. No hay acción sin culpa. *A7 Nulla culpa sine iudicio*. No hay culpa sin juicio. *A8 Nullum iudicium sine accusatione*. No hay juicio sin acusación. *A9 Nulla accusatio sine probatione*. No hay acusación sin prueba. *A10 Nulla probatio sine defensione*. No hay prueba sin defensa. Y la garantía del decidir el caso conforme a la verdad procesal y por ende a la emisión de una sentencia justa.

Por ello, para el gran iusfilósofo la principal garantía procesal que constituye el presupuesto de todas las demás, es la de jurisdiccionalidad, expresada

en el axioma A7, pues la correlación entre garantías penales y procesales es el reflejo del nexo específico entre ley y juicio en materia penal. Asimismo, el principio de jurisdiccionalidad en sentido estricto está formado por el conjunto de las tres tesis, *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione y sine defensione* (Ferrajoli, 2004, pp. 549-551).

En esa misma línea de análisis, a continuación, indica que las sentencias constan de proposiciones asertivas, susceptibles de verificación y refutación, y de proposiciones prescriptivas, justificadas, legitimadas o motivadas por las primeras. Y esto requiere de procedimientos de control mediante prueba y refutación, que solo un proceso de partes fundado sobre el conflicto institucional entre acusación y defensa puede garantizar; en síntesis, el contradictorio es esencial en la medida en que si la verificación de una hipótesis es imposible, dado que, su verdad no puede ser demostrada sino solo confirmada en una sentencia justa y de este modo agrega que, para que una hipótesis acusatoria sea aceptada como verdadera, no basta que sea compatible con varios datos probatorios sino que también hace falta que no sea contradicha por ninguno de los datos virtualmente disponibles (*modus tollens*) o debe prevalecer sobre todas las posibles hipótesis en conflicto con ella.

En consecuencia, la presunción de inocencia aparece como regla probatoria, cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, debiendo resolverse la duda conforme al principio *in dubio pro reo*, dado que el papel del juez en el proceso lo debe llevar a ensayar todas las hipótesis, aceptando la acusatoria solo si está probada y no aceptándola, no solo si resulta desmentida sino también si no son desmentidas todas las hipótesis en competencia con ella.

Por tanto, expuesto el modelo garantista ideal de procesamiento penal es notorio que éste se muestra muy distante del procedimiento residual que queda luego de la aceptación de cargos. En primer lugar, porque es notorio el vínculo que existe entre el principio de legalidad procesal (reglas de injerencia del Estado para poder investigar una acción criminal) y las garantías penales (límites y requisitos para poder emitir una condena); de este modo,

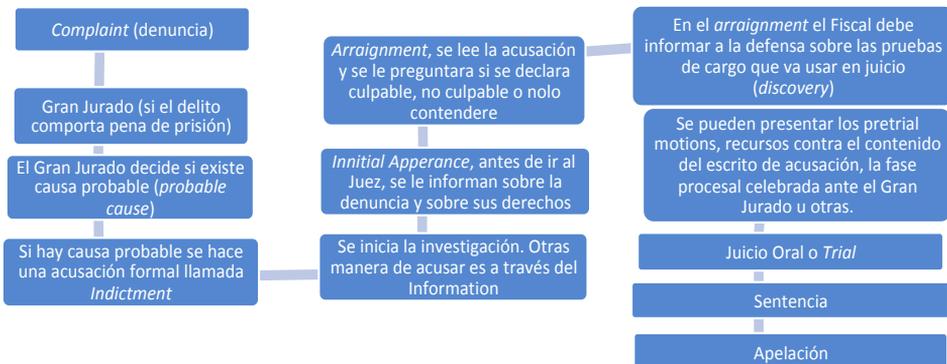
resulta ilógico que exista culpa o responsabilidad sin juicio, sin prueba y sin contradicción.

En segundo lugar, porque es a todas luces irracional que se renuncie al derecho de defensa y se disponga del proceso con una simple manifestación que guarda la fachada de ser libre, consciente y voluntaria, pero cuando es palmaria la ignorancia supina que precede al inculpado de lo que implica su aseveración, en cuanto a auto sentenciarse, sin juicio y sin pruebas, conforme la figura del art. 293 CPP, produciéndose una sentencia que no protege los derechos de la víctima, porque no se corresponde a la realidad. En consecuencia, esta figura es un adefesio jurídico, porque los derechos de libertad (o garantías) están protegidos frente al abuso, debido precisamente al carácter cognoscitivo y no potestativo del juicio (Ferrajoli, 2004, p. 606); es decir, al no haber una producción del conocimiento en el grado de certeza, la restricción a la libertad se convierte en un abuso del poder del fiscal que lo solicita y del juez que lo condena. Desde luego, nuestro país no es el único que ha caído bajo esta ilusión óptica eficientista, como a continuación se muestra.

La aceptación de cargos en Norteamérica o *Guilty Plea*.

La estructura del proceso penal norteamericano y la ubicación de la posibilidad de aceptación de cargos dentro de esta se configura así:

Ilustración. No. 1. La Estructura del proceso penal norteamericano. Fuente: Quintero, 2013, pp. 31-43



Según la Regla 10 (a) de las *Federal Rules of Evidence* (2018) debe darse copia del *indictment* o *information* al procesado y en él se le solicita hacer una declaración de culpabilidad o no culpabilidad, además dentro de la misma diligencia se hace el descubrimiento probatorio de todo aquello que pretenda ser usado en juicio. Asimismo, en su regla 410 se refieren los requerimientos probatorios en el contexto de las *guilty pleas* y, añádase, el *United States Attorneys Manual* contiene las políticas para los fiscales para el uso del *plea bargaining system*; también, el *sentencing guidelines manual* refiere, en su capítulo seis, los temas relacionados con las penas aplicables en los eventos de *guilty pleas*.

Finalmente, la FRCP 11(a) consagra los requisitos de validez para que el procesado realice una condicional *guilty plea* o *nolo contendere*. Estos son: la posibilidad de ser investigado por falsedad en testimonio o perjurio y de utilizarse cualquier manifestación que haya sido rendida por él, bajo la gravedad de juramento; el derecho a no autoincriminarse; el derecho a tener un juicio por jurado; el derecho a ser representado por un abogado; el derecho de confrontar o contrainterrogar a los testigos adversos y de hacer comparecer a los testigos favorables a su causa; la renuncia que conlleva a estos derechos de declararse culpable, en caso tal de que la Corte la acepte; la naturaleza de cada cargo respecto del cual acepta su culpabilidad; la pena máxima posible a imponer y el monto de la pena mínima obligatoria, acorde con las *sentencing guidelines*; cualquier posibilidad de expropiación aplicable; y, en fin, la posibilidad ordenar la restitución de la víctima en caso de ser necesario; el derecho a apelar o de atacar colateralmente la sentencia.

En virtud de esta Regla, *The Federal Justice Center* (2013) creó un *plea colloquy* en cuya virtud se le pregunta al imputado sobre su edad, domicilio, nivel de estudios; además, si se encuentra bajo la influencia de narcóticos, alcohol o medicamentos y, seguidamente, sobre su entendimiento en qué consiste la aceptación de cargos y sus consecuencias, así como determinar si ha podido asesorarse de su abogado, lo cual asegura que la decisión tomada sea inteligente. En ese orden de ideas, el tema del descubrimiento probatorio es diferente y existe un libro de escala de penas para que el trato sea más igualitario en todos los casos; no obstante, investigaciones recientes demuestran

que las *plea bargainings* generan un problema de inocencia (Dervan & Edkins, 2012, pp. 1 y ss.; Rakoff, 2014) dada la influencia psicológica que es, a la postre, lo que al acusado inocente lo lleva a tomar esta decisión (Zimmerman & Hunter, 2018, pp. 53 y ss.; Redlich, Bibas, Edkins & Madon, 2017, pp. 339 y ss.; Dervan & Edkins, 2012, pp. 1 y ss.; Gazal-Ayal & Tor, 2012, pp. 339 y ss.; Rakoff, 2014).

En este contexto el instituto de las negociaciones muestra un modelo interesante para el cual el consenso puede asumir tres modalidades distintas (Velásquez (2018a, pp. 28-29): no influida (*voluntary o uninfluenced*), se da una manifestación de culpabilidad motivada por el remordimiento de conciencia del inculpado o sentimientos similares, renunciando con ello al juicio; estructuralmente inducida (*structurally induced plea*) o manifestación de culpabilidad que se da para obtener una reducción de pena y ganar mayor indulgencia ante el Juez y; la otra vertiente, es en la que las partes están autorizadas para pactar o transar, acordando el contenido fáctico, con independencia de la realidad y pactando las calificaciones jurídicas y las peticiones de penas. Esta modalidad es considerada una forma amplia de inaplicación del principio de legalidad y es conocida como *plea bargaining* o *negotiated plea*, en la que se acuerda con el fiscal para que denuncie delitos menos graves, deje de lado algunos, omita circunstancias agravantes, admita atenuantes o, puede dar lugar al sometimiento de tratamientos punitivos más benignos, entre otros.

Desde luego, se debe advertir que la misma ha sido objeto de diversas críticas porque la decisión del juez deja de ser jurisdiccional, para convertirse en un mero acto de homologación (Del Río, 2008, p. 160); en adición ello, se debe decir que la promesa de una rebaja de pena para obtener un reconocimiento de culpabilidad, puede tornarse coactiva o coercitiva o incluso desnaturalizar el sistema acusatorio (Langer, 2001, pp. 106-107), pues el interrogatorio del imputado en el proceso acusatorio tiene la única función de darle vida al contradictorio, refutando la acusación o aduciendo argumentos para justificarse (Ferrajoli, (2004) pp. 607-608), no su incriminación y, no obstante, éste es utilizado por la fiscalía para enunciar pruebas falsas que naturalmente nunca son descubiertas (ausencia de proceso negociador lim-

pio) y que, luego, no son objeto de investigación defensiva (Ferré, 2018, pp. 14-15). Del mismo modo, el hecho de que el fiscal luego de superada la causa probable determine si inicia o no la persecución penal, qué cargos formula ante un tribunal o ante el gran jurado, convierten a la *guilty plea* en vez de una confesión en una condena tan determinante como el veredicto del jurado, a pesar de que se reclama su presencia (*plea jury*) para decidir sobre el proceso de *plea bargaining* y de su supervisión judicial (Ferré, 2018, p. 16).

En conclusión, este modelo carece de controles porque falta un verdadero ejercicio de la jurisdiccionalidad; además, carece de medios probatorios (pruebas) que no se descubren y de defensa y axiomas que busquen la verdad material, dado que simplemente se reduce la homologación de un hecho fabricado por las partes.

La aceptación de cargos en España.

A ese instituto de le denomina *conformidad* y él no está estatuido para todos los tipos de procedimiento ni para todas las clases de criminalidad, es más bien una figura pensada para el enjuiciamiento de la mediana e ínfima criminalidad dentro del proceso abreviado y para el proceso penal especial, de cara a llevar adelante un enjuiciamiento rápido de determinados delitos. Se trata, pues, de un acto dispositivo material y procesal en el cual se fija el límite de la pena máxima a imponer para acelerar los trámites, dado que una vez producida se pasa directamente a dictar sentencia; no obstante, no significa que deba darse una sentencia de conformidad, pues apenas se trata de una mera expectativa de ella (Gómez, 2014, pp. 277 y ss; Vigil, 2013, pp. 12-30; Ferré, 2018, pp. 16-25).

En el proceso abreviado tiene su lugar durante las diligencias previas luego de que exista una imputación; a tales efectos, el juzgado convoca inmediatamente a audiencia al ministerio fiscal y demás partes para que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado; se estatuye para delitos castigados con pena de hasta de tres años de prisión, con pena de multa cualquiera sea su cuantía o con otra pena distinta que no exceda de

diez años, sin que la sanción solicitada exceda de los dos años. Igualmente, se puede presentar con el escrito de acusación tanto para el proceso abreviado como para el proceso penal especial. Y, finalmente, la conformidad puede tener lugar en el acto del juicio oral, cuando el límite de la pena en el proceso abreviado sea de nueve años y en el proceso para enjuiciamiento rápido sea de tres años de prisión, sin que la pena solicitada exceda de seis. El juez u órgano colegiado, puede hacer un control en torno a si la calificación aceptada es la correcta y acorde con ella controlar si la pena pactada es procedente.

Lo anterior se desprende con toda claridad de las previsiones contenidas en los arts. 655, 694 y 695, 779.1,5^a, 787, 791.3 y 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Muerza, 2014). No obstante, al igual que en Estados Unidos de América, la conformidad también es criticada por permitir que personas inocentes puedan ser declaradas culpables (Ferré, 2018, pp. 26-27), a cuyo efecto se aducen tres razones para su supresión: en primer lugar, evitar el riesgo de una condena grave; en segundo lugar, impedir los elevados costos del proceso y; en tercer lugar, no generar costes a terceros. Esto da lugar a que se diga que estos procedimientos deban ser corregidos, combatiendo las imputaciones o acusaciones exageradas o infundadas; además, para evitar la posibilidad de que la culpabilidad de un imputado permita la inocencia de los demás coimputados, mediante una precisión de los cargos y su participación; y, finalmente, eliminando el carácter de cosa juzgada a estas decisiones o su eficacia probatoria (Lascurain & Gascón, 2018, p. 21), por lo cual se entiende que se trata de un procedimiento de realidad jurídica ficta y un abuso del Estado respecto del sancionado.

La aceptación de cargos en Italia o el *Pateggiamento*.

Este instituto está regulado en el Libro VI, Título II, artículos 444-448 (*Codice di Procedura Penale*, 2018). La aplicación de la *pena su richiesta della parti*, determina la inmediata conclusión del juicio y elimina la apelación, salvo en los casos en que el ministerio fiscal haya manifestado su disconformidad. El acuerdo de las partes bloquea la continuación de la actividad procesal y

obliga al juez a pronunciarse sobre la petición de las partes, para acogerla o rechazarla, permaneciendo como única facultad del juez la de disponer la comparecencia del imputado a fin de verificar su voluntariedad según el art. 446.3.

Según el art. 447 italiano la *richiesta* se puede dar durante las indagaciones preliminares por una de las partes acompañada del consentimiento escrito de la otra o como una oferta de una parte dirigida a la otra. Si es conjunta o con el consentimiento escrito de la otra, no requiere que las partes se presenten en la audiencia que preside el juez, porque logrado el acuerdo falta una verdadera situación de contraposición entre estas. No obstante, el juez puede verificar la voluntariedad de la *richiesta* o consentimiento del imputado y tiene la posibilidad de ordenar para tal fin su comparecencia. Cuando se manifiesta en forma de oferta, el ministerio fiscal –si es del caso– hace la petición acorde con la imputación y, durante el plazo para que se exprese su conformidad y disenso, no es admisible la revocatoria o modificación de la petición.

La *richiesta* puede formularse hasta que se declare abierto el juicio y forman parte del acuerdo la calificación jurídica del hecho y la aplicación y confrontación de las circunstancias alegadas; el juez puede apreciar la existencia de causales de exención de punibilidad, comprobar si la calificación jurídica del hecho y la valoración de las circunstancias han sido correctamente formuladas. Finalmente, la sentencia de *patteggiamento* no es apelable y, actualmente, se debate si debe ser objeto de casación (Pereira, 2015, pp. 309 y ss.). Este último aspecto resulta importante pues denota un control judicial que, en el caso colombiano, no existe dado que va en consonancia con la construcción de la verdad y el esclarecimiento de los hechos.

Desde luego, uno de los puntos débiles de este sistema es la posición del juez y la construcción de su sentencia, la cual ha dejado de ser un proceso cognitivo para volverse uno categórico, en el cual es estéril la constatación de los hechos. La motivación del juez en su decisión de condena requiere de unos umbrales de conocimiento que deben estar inmersos en la negociación,

en aras de que no se rompa el vínculo entre la evaluación de la responsabilidad y la aplicación de la pena, pues el acusado con la *richiesta* no admite su responsabilidad sino que simplemente renuncia a su derecho a defenderse y acepta con ello una pena (Callari, 2012, p. 15; Gomes de Vasconcellos & Capparelli, 2015, p. 448), sin que con ello renuncie a su garantía de presunción de inocencia, y el juez debe verificar que no haya argumentos para absolver. Cabe decir al respecto, entonces, que al juez se le impone la carga de suplir los defectos de la fiscalía y debe darle valor de prueba a aquello que se acompase con la pretensión punitiva formulada.

La aceptación de cargos en Alemania.

En este país los acuerdos surgieron dentro de un ambiente informal y bajo la confianza de las partes, con la diferencia que el acusado no se declaraba culpable si no que se producía una confesión que era valorada por el tribunal como medio de prueba general para su culpabilidad. Con la Ley de los Acuerdos de 2009, que se insertó en el § 257c del Código de Procedimiento Penal alemán (*Strafprozeßordnung*, 2019), se dispuso que en ciertos casos los tribunales pueden acordar con los participantes el resultado del procedimiento. La materia objeto de acuerdo solo puede comprender las consecuencias legales, en particular, la pena; también, se establece que el fundamento del acuerdo es la confesión del implicado. El tribunal debe estar convencido de que el acuerdo refleja la verdad sustancial para adherirse y cumplir así su obligación de elucidar el caso de fondo. Para aprobar el acuerdo el tribunal debe indicar los límites de la pena, esto es, ha de precisar cuál es la pena más baja y cuál la más alta, de cara a verificar que ella sea proporcional. Por tanto, la defensa se limita a procurar el testimonio de su cliente, de cualquier testigo que puede apoyar su caso y, añádase, a la divulgación de documentos por parte del demandado (Cheesman, 2014, pp. 133 y ss.).

Desde luego, el contexto histórico alemán demuestra que la figura en estudio es propia de su sistema inquisitorial y que se ha pretendido justificarla en el derecho consuetudinario o *common law*; sin embargo, dada su usanza de

manera informal o como pacto de caballeros, es vista como un retroceso a un procedimiento secreto previo a la época de la iluminación, en el cual el juez todavía tiene poder, presión y autoridad sobre el procesado para que confiese, dañando seriamente la integridad del juicio (Safferling & Hoven, 2014, p. 3); y, añádase, provocando confesiones parcialmente falsas.

Esto llevó al Tribunal Constitucional Federal –en decisión del 19 de marzo de 2013– a condicionar la constitucionalidad de la norma vertida en el § 257c StPO (Ordenanza Procesal Penal) al cumplimiento de ciertos requisitos con los cuales ella se ciñe a las directrices constitucionales, tales como que los acuerdos de negociación para ser aceptados en un grado limitado deben cumplir las exigencias propias de la organización del juicio, de tal manera que: se preserve la obligación de investigación integral por parte de la Fiscalía; la confesión solo puede formarse a través de un fundamento suficiente de condena alcanzado durante todo el juicio principal; no es admisible el derecho de renuncia a presentar pruebas; y, se requiere prueba de los hechos confesados o incluso la declaración del fiscal conductor de la investigación (Mosbacher, 2014, pp. 7-12). Consecuente con lo anterior, se prohibieron los acuerdos informales y, por tanto, de acuerdo con la ley de apelaciones, se dispuso que se pueden impugnar las decisiones correspondientes por aspectos meramente formales (protocolos) o por ausencia de evidencia de la obligación de documentación que se les exige a las autoridades legales (Mosbacher, 2014, pp. 12).

Desde luego, el enfoque alemán es único en comparación con otros sistemas judiciales conocidos porque la ley permite que los tribunales jueguen un papel activo en las negociaciones y lleguen a ser un compañero en igualdad de condiciones dentro del acuerdo de cargos (Frommann, 2009, pp. 199 y ss.), lo cual resulta aberrante puesto que ello altera la garantía del juez imparcial (Cheesman, 2014, p. 113); adicionalmente, se pierden valores tan importantes para la justicia como la búsqueda de la verdad, la proporcionalidad del castigo y la transparencia de las negociaciones (Weigend & Turner, 2014, pp. 82).

La aceptación de cargos en el derecho y en la jurisprudencia nacionales

De lo expuesto se evidencia que la simplicidad de los procedimientos de aceptación de cargos (pacto sobre la pena y pacto sobre el procedimiento, acordado en una audiencia preliminar) ha llegado al punto de que el juicio quede sustituido por una condena preventiva y a la derogación del principio *nulla poena sine iudicio* y al despojo de las más elementales formas garantistas (Ferrajoli, 2004, pp. 746). En consecuencia, no existe un modelo de aceptación de cargos que garantice la presunción de inocencia ni la contradicción probatoria y, por ende, todas ellas hacen tambalear el sistema de garantías, pues desde la carta magna (CN, art. 250) se estableció que la Fiscalía General de la Nación y sus delegados pueden suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal bajo la reglamentación respectiva y previo control del juez de garantías (principio de oportunidad estricto) y no la referida facultad a prescindir del procedimiento ordinario y abreviado, sustituyéndolo por otro anticipado. Luego, las construcciones que tienen lugar acerca de las manifestaciones de culpabilidad son un evidente desborde de las facultades del legislador y de la jurisprudencia, como intento por crear reglas en torno a lo que no ha sido incorporado constitucionalmente.

Pese lo anterior, la aceptación de cargos se plasmó en el Código de Procedimiento Penal (CPP, arts. 288.3, 356. 4 y 367) dándose la posibilidad de que un ciudadano acepte en su integridad los cargos que le dan a conocer o serán objeto de juicio; al respecto, la Corte Suprema de Justicia en las sentencias del tres de octubre de 2007 (p. 1), Radicado 28123 y del 20 de octubre de 2005 (p. 1), Radicado 24026, la conceptúa como una de las modalidades de terminación abreviada del proceso instituida con el objetivo de lograr eficacia y eficiencia en la administración de justicia mediante el consenso de los actores del proceso penal, resultando beneficiado el imputado con una sustancial rebaja de pena, y el Estado con el ahorro de esfuerzos y recursos en la investigación y juzgamiento. Por consiguiente, no hay lugar a controvertir con posterioridad la sentencia emitida por el juez en cuanto a la lesividad del

comportamiento en relación con la existencia de causales de justificación o de inculpabilidad, dado que esto sería incompatible con el principio de lealtad. De este modo, se renuncia a un juicio público sin dilaciones injustificadas, al ejercicio de la contradicción de las pruebas de cargo y a aportar medios de conocimiento en aras de desvirtuar los que se alleguen en perjuicio suyo. La manifestación es irrevocable, salvo que se haya dado con violación a garantías fundamentales no pudiendo recurrirse la decisión, excepto sobre los aspectos que guarden relación con la pena o los mecanismos de sustitución e indemnización de perjuicios (Sent. SP16789/2015, 1 y ss., CSJ).

Así mismo, sus fines (CPP, art. 348; A. 8/11/2007, Rad.: 28630, pp. 1 y ss., CSJ) son que las partes convengan la rebaja de pena, una vez producido el allanamiento a cargos, para que el juez de conocimiento proceda a individualizar la pena y la sentencia y a dar lectura a la misma. Por tanto, el papel del juez de conocimiento no es más que el de condenar y las atribuciones de su control se enmarcan en un aspecto meramente formal (A. 21/2/2007, Rad.: 26587, p. 1, CSJ). Por consiguiente, este acto solo puede ser declarado nulo si se advierten vicios en el consentimiento o se desconocen garantías fundamentales, eventos en los cuales el juez, a quien también obliga el acuerdo, debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado o en el marco de los cauces propios del juzgamiento ordinario (A. 21/3/2007, Rad.: 23816, CSJ, pp. 1 y ss.). Se ha dicho, además, que la imputación efectuada por el fiscal no puede ser cuestionada, dado que él es el titular de la acción penal y con base en ella se debe imponer la pena (A. 6/5/2009, Rad.: 31538, CSJ, pp. 1 y ss.; A. 27/6/2012, Rad.: 39296, CSJ, pp. 1 y ss.; Sent. 14/4/2012, Rad.: 38020, CSJ, p. 1; Sent. 14/12/2014, Rad.: 37076, CSJ, pp. 1 y ss.).

Con posterioridad se dijo que el juez solo puede hacer un control formal de la acusación y cualquier observación al escrito en los términos del Código de Procedimiento Penal (art. 339) está dada para las partes o intervinientes. Se recoge así la regla general en cuya virtud existe imposibilidad de atacar la decisión dado que ello comporta una retractación y, por ende, se quebranta

el denominado principio de irrevocabilidad, además porque se carece de interés en tanto la sentencia impugnada satisfizo íntegramente las pretensiones fundadas en el acuerdo (Sent. 14/11/2007, Rad.: 26190, CSJ, p. 1; A. 18/4/2007, Rad.: 27159, CSJ, pp. 1 y ss.; A. 8/11/2007, Rad.: 28630, CSJ, pp. 1 y ss.; A. 9/11/2009, Rad.: 32103, CSJ, p. 1). Este exabrupto ha dado lugar a que se diga que la aceptación de cargos se erige en garantía de seriedad del acto pactado y constituyen expresión del deber de lealtad que debe guiar las actuaciones de quienes intervienen en el proceso penal, y del principio de buena fe, lo cual se trastocaría si se permitiese a la defensa –no obstante haber aceptado los cargos– continuar discutiendo la responsabilidad penal del encartado o la estimación punitiva acordada dado que esto dificulta el propósito de lograr una rápida y eficaz administración de justicia (A. 9/3/2011, Rad.: 33763, CSJ, p. 1).

Antes de 2014 éste fue el precedente judicial, salvo algunos casos como uno en el cual se casó una sentencia para excluir una circunstancia específica de agravación del delito de homicidio inexistente por lesionarse, según se aduce, el principio de legalidad y el debido proceso (Sent. 7/7/2008, Rad.: 29479, CSJ, pp. 1 y ss.). Pero, en general, la jurisprudencia del máximo órgano de cierre ha dispuesto que no es posible la discusión de la legalidad de los elementos materiales probatorios que se allegan con la aceptación de cargos una vez se toma la decisión de condena (A. 21/9/2011, Rad.: 37176, CSJ, p. 1; A. AP1600/2015, CSJ, p. 1).

Consecuente con lo expuesto, este tipo de jurisprudencia que aboga por la no persecución de la verdad, que desdice de cualquier ideal de justicia, que prohíba las falsas declaraciones de culpabilidad, la sanción de inocentes, etc., permite concluir –como lo hacen Velásquez (2018a, p. 63; 2010); Castaño (2013); Montañez, (2013) y Molina, (2012)– que se llega al imperio de un principio de oportunidad por completo desfigurado con un saldo en extremo lamentable para la Administración de Justicia y para la seguridad jurídica, presupuestos sin los cuales no es pensable el estado democrático de derecho.

Hacia un nuevo modelo de aceptación de cargos

Con base en lo dicho es visible como el diseño de aceptación de cargos introducido, tanto en el plano constitucional y legal como el perfilado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sin olvidar a la Corte Constitucional, ha hecho de esta figura una institución mucho más anómala de lo que en otras latitudes se conoce, sobre todo porque en las sentencias expedidas hasta ahora no se vislumbra la protección de los derechos del imputado para repeler la acusación que el Estado hace en su contra. Además, porque no se obtiene una sentencia justa; no se reconocen las garantías de presunción de inocencia, de confrontación, de defensa y de control material judicial, entre otras.

Se evidencia, además, que ello obedece no solo a los matices que de la interpretación de esta figura emite el máximo órgano encargado de administrar justicia en lo penal sino, además, en su génesis, dado que en el proceso de adopción y adaptación del modelo persecutor acusatorio, el legislador quiso plasmar un diseño de enjuiciamiento norteamericano a la “criolla” que agravó la situación de los imputados sin ningún fundamento aparente y que, recuérdese, no fue concebido de esta manera en codificaciones anteriores como tampoco sucede en la normativa estadounidense. De ello, son ejemplo la ausencia de control en la imputación y, agréguese, que la manifestación de culpabilidad se dé antes del escrito de acusación (*indictment* o *information*) y sin el necesario descubrimiento probatorio.

Pese a ello, es evidente que no todo proceso debe culminar con el juicio oral y de que existan otros medios abreviados de solucionar los conflictos como lo demuestra el hecho de que el propio Ferrajoli, padre del garantismo penal (2004, pp. 309-310), admita la manifestación unilateral de culpabilidad bajo una modalidad de confesión similar a la aceptación de cargos colombiana pero bajo formalidades muy precisas, en tanto reconoce que ésta debe estar precedida de espontaneidad y no de incidentalidad amén de que debe carecer de todo valor legal decisorio, pues ha de estar acompañada de algún

otro elemento de juicio y solo tendrá valor probatorio en la medida en que vaya avalada por sendos datos y confirmaciones.

Pero la pregunta a responder sigue siendo latente: ¿Cómo debe prevenirse esta figura dentro del ordenamiento jurídico nacional, cuando la misma implica la renuncia a la práctica de las pruebas en la audiencia del juicio oral y, seguidamente, la dejación a la confrontación de los elementos probatorios recolectados por el ente persecutor? En fin: ¿Cómo puede asimilarse esa realidad por el aparato judicial y obtener los ideales de la ley sustantiva –fines de la pena–, de la ley procesal –fines del proceso– y de la producción de la sentencia (modelo procesal garantista)? Consecuente con ello, las críticas formuladas a la institución de la aceptación de cargos deben convertirse en aspectos que se deben fortalecer para legitimar la implantación y desarrollo de esta figura, lo cual implica precisar cómo la admisión de la responsabilidad se compadece con el fin de resocialización de la ley penal, que se da cuando existe una asimilación por parte del acusado de que es comprendido –pese a su actuar desviado– y aun con ello es favorecido; favorecimiento o reducción de pena que debe quedar plasmado en una sentencia que sea conforme con la verdad. Por lo tanto, se debe cerrar la brecha creada por la renuncia del acusado a un juicio justo porque el hecho de que se opte por alternativas diferentes al juicio no significa que a través de estos se renuncie a buscar la mayor aproximación posible a la verdad.

Como se advirtió en precedencia el derecho penal responde a los fines de protección de la comunidad y de sus bienes jurídicos esenciales y, por tanto, la sanción punitiva responde a unos objetivos de resocialización, prevención (general y especial) y retribución. Del mismo modo, el proceso y las normas que lo regulan persiguen el ideal de que la decisión que declare la realización o no de la conducta típica, antijurídica y culpable, sea justa. Y, en consonancia, el modelo de un proceso penal garantista señala las condiciones para que esa decisión o sentencia sea válida formal y materialmente, es decir, sea producto de un proceso de conocimiento por cuanto las declaraciones de parte y parte han sido sometidas a un proceso de verificación dentro de un contexto de verdad por correspondencia. En este sentido, aunque la verdad

en el proceso penal no es un fin en sí misma, ella es indispensable para el logro de un juicio justo, pues aunque la realidad demuestre que la verdad es limitada en el proceso, se deben permitir y procurar los medios para descubrirla, sin caer en el extremo de querer llegar a ella a cualquier costo, puesto que ello reñiría con los principios del Estado de derecho. Consecuente con lo expresado, la verdad del proceso penal siempre fue la propia de la ley sustantiva encaminada a alcanzar un juicio justo que alcanzaría la paz legal (Hauer, 2007 p. 216).

Esto implica que el compromiso con la verdad como intención del proceso sea aceptado como primera premisa para buscar otras alternativas y, en consecuencia, siempre que otras formas garanticen el cumplimiento del propósito punitivo bajo el compromiso de la verdad, podrán ser igualmente aceptadas. La revaluación de la verdad en la aceptación de cargos, es un aspecto trascendental y ella debe estar dirigida a su consecución; por tanto, posturas como las de Wolfslast (1990, pp. 409-416), Gallandi, (1987, pp. 419-421) y Volk (1995, pp. 411 y ss.), para las cuales lo importante es que las partes involucradas concuerden con los resultados y entienden –tal vez lo inventan– que los acuerdos son la mejor forma de resocialización del acusado, no logran compensar el déficit de verdad que las negociaciones crean, ni tampoco contribuir al incremento de la prevención general en el ámbito del derecho penal, porque solo a través de un procedimiento regido por los principios de justicia, sin terminación prematura de los esfuerzos educativos, es que se permite dar cumplimiento a los estándares educativos que demanda la prevención general (Schünemann, 2004, pp. 175 y ss.; Weßlau, 2002).

Lo anterior comporta que al momento de la producción de la sentencia y dentro de la cual se aplica idealmente la teoría de la verdad por correspondencia, aun cuando ésta tenga como crítica principal las limitaciones humanas para poder saber si un enunciado determinado corresponde o no a la realidad, deba existir un fin máximo de llegar a la verdad y no de culminar con una sentencia. Es decir, este fin no puede ser distorsionado por la inflación a la hora de emprender la producción de sentencias, pues esto equivale a darle rienda suelta a un eficientísimo sin sentido. Y es que dejar la verdad

a lo que digan la partes en las manifestaciones de culpabilidad e incluso al propio autor, es convertir el proceso en un acto de poder regido por el mero arbitrio, máxime si se carece absolutamente de la modulación de un árbitro y, siendo consecuentes con ello, del control del juzgador. En ese sentido, pues, admitir una aceptación de cargos sin un control sobre la verdad parece desafiar la idea de justicia.

En consecuencia, debe existir un control judicial tal y como lo pregona la Corte Constitucional, así su postura sea disímil en relación con la enunciada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, pues la aceptación de cargos como renuncia a algunas garantías procesales debe compaginarse con las garantías de los artículos 131 y 193 del CPP, para verificar que la decisión de renunciar a ellas sea libre, consciente, voluntaria, asesorada por la defensa y debidamente informada. También, con el contenido del artículo 327 en tanto los acuerdos no pueden comprometer la presunción de inocencia y solo proceden si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o la participación en la conducta y su tipicidad; así mismo, con los artículos 351, 354 y 368 dado que los acuerdos se tendrán por inexistentes si vulneran derechos fundamentales o se dan sin la asistencia del defensor, por lo cual el juez debe continuar el trámite como si se obtuviera una alegación de no culpabilidad. Además, deben estructurarse acorde con los artículos 23, 457 y 10 del CPP, porque la prueba obtenida con violación de garantías fundamentales es nula de pleno derecho aun en sede de aceptación de cargos.

Así las cosas, si se logra verificar cada uno de estos aspectos por parte del juez de conocimiento, puede decirse que ya no es posible la retractación porque ella constituiría un menoscabo en relación con la eficacia del procedimiento aplicable con detrimento a la administración de justicia, pues –conforme al artículo 380– la existencia de los elementos estructurales del delito que den lugar a la responsabilidad penal permitiría asimilar la manifestación de culpabilidad a una confesión. Aunado a lo anterior, se deben considerar las causales en cuya virtud pueden rechazarse este tipo de manifestaciones de culpabilidad en países como Estados Unidos e Italia, pues en el primero de los mencionados cuando el fiscal se excede en la discrecionalidad con la que

cuenta para fijar el hecho delictivo y la pena solicitada, el juez puede imponer una condena menos severa.

Esto mismo sucede con el juez italiano quien debe examinar si existen presupuestos para la absolución y, en caso de no ser posible, si las condiciones fijadas por las partes son adecuadas pudiendo de esta manera rechazar la solicitud de consenso, bien porque se establezca la insubsistencia de una situación probatoria o porque la calificación jurídica es apropiada, pero no las circunstancias alegadas por las partes o, bien, porque no exista congruencia en relación con la pena alegada por las partes (Boschi, 1990, p. 647). De manera que, si previsto todo lo anterior, es dable emitir la sentencia de condena la pena goza de legitimidad sustancial porque es necesaria y –por tanto– ella se merece y, de legitimidad procesal, porque se impone luego de un procedimiento racional y justo.

La decisión que acepta la manifestación de culpabilidad y la condena al infractor debe ser susceptible del recurso de apelación y, además, de los recursos extraordinarios de casación y de revisión, dado que este tipo de instancias permitirán siempre la asegurabilidad de la verdad y de la justicia como valores máximos del derecho, pues siempre existe una realidad no subjetiva que el hombre tiene la oportunidad de reconocer. En punto de la función de la defensa, es claro que el acusado no puede comprometerse con ese objetivo de guiarse por la verdad porque él tiene el derecho a evitar la acusación, aun si fuera cierto. Además, en Colombia se reconoce que el acusado cuando está bajo la gravedad de juramento no está obligado a decir la verdad tal y como lo advierte la jurisprudencia (Sent. C-782/2005, CConst.), al señalar que a él le asiste total libertad respecto del contenido de su declaración cuando de su propia incriminación se trate.

Son estas, entonces, las razones para que de cara a la problemática atinente al derecho de defensa y a la refutación de los medios cognoscitivos resulte indispensable la necesidad de que, constitucionalmente, se prescriba la posibilidad de una renuncia al periodo probatorio y, a su vez, se disponga que las condiciones derivadas de ello se regulen al compás de la idea de que una nue-

va prueba al respecto no puede traducirse en una retractación; también, debe erradicarse la idea preconcebida en torno a la prohibición de retractación, que es mayoritaria en la jurisprudencia, dado que ello también comporta el ejercicio del derecho de defensa (Chiama & González, *s.f.*). Es decir, con esto último se quiere significar que cualquier persona debe tener la posibilidad de ejecutar o solicitar la ejecución de todos aquellos actos razonablemente necesarios o convenientes para participar en el proceso, ser oído por el juez, producir las pruebas que hacen efectivo su derecho y, añádase, obtener una respuesta justa a sus peticiones con arreglo a la ley. Y se dice ello, porque solo así habría fundamento para derogar ese esfuerzo histórico que data del *Bill of Rights* en cuya virtud el imputado no puede disponer de ningún modo del juicio, de la prueba acusatoria ni de la refutación de esta.

Por supuesto, en este contexto son de trascendencia las concepciones de Schünemann (2004, pp. 191-196), en torno al refuerzo de la participación de la defensa en la investigación porque el juicio principal (audiencia de juicio oral) es una aprobación de los resultados ya logrados en los procedimientos preliminares, debiendo contarse con técnicas avanzadas que reduzcan el proceso de autenticación y la mismidad de la prueba, permitiendo el denominado *efecto inerte*, del elemento material de prueba antes y durante juicio.

Asimismo, son atendibles las elaboraciones de Weßlau (2002, p. 259), Schünemann (2004, p. 196) y Dencker (1990, pp. 51) cuando consideran que la renuncia del acusado no debe tener como motivación una ventaja en términos del castigo, pero –en atención a que nadie lo haría en esos términos– la rebaja debe ser limitada por lo cual es recomendable que ella sea de la cuarta parte de la pena. Además, se añade, el condicionamiento de la pena a la indemnización de la víctima pervierte la justicia para que sea aplicada solo al que tiene poder adquisitivo de dinero, argumento este que debe ser incluso tenido en cuenta por el órgano de cierre penal ordinario que, en sentencias como la del caso de los Nule (Sent. SP-14496/2017, CSJ), interpreta que los descuentos punitivos deben guiarse conforme a la reparación de la víctima.

Por último, para efectos de evitar manifestaciones de culpabilidad falsas, debe exigirse que ella dependa de la posibilidad de la suspensión condicional de la ejecución de la pena; no obstante, el mal diseño de lo que se ha denominado política criminal en el país ha dado paso a la introducción de textos restrictivos como el contenido en el artículo 68A del Código Penal, con lo cual cualquier intento por legitimar la aceptación de cargos pierde sentido, pues si el delito no comporta al menos la posibilidad de conceder alguno de los subrogados sustitutivos de la pena de prisión intramural al procesado, no se encuentra en disposición de examinarlo. Aunado a lo anterior, es claro que la idea de control material es connatural a una concepción de estado democrático y del principio de democrático en el proceso penal (Urbano, 2013, pp. 77 y ss.), en el cual existe una división de papeles entre la fiscalía (acusa), la defensa y el juez, de tal manera que el control es fruto de la soberanía que le asiste al pueblo en el sentido de que el control formal es insuficiente para racionalizar el poder de acusar y verificar la satisfacción del estándar mínimo.

En síntesis, se trata de bosquejar un nuevo modelo de aceptación de cargos que debe estar constitucionalizado; por ello, el artículo 250 tendría que ser modificado para introducir el principio de oportunidad en un sentido amplio y evitar el juicio con un proceso alternativo de aceptación de cargos que no puede tener cabida en la audiencia de imputación, pues el derecho de defensa exige conocer en un lenguaje comprensible los hechos que motivan la vinculación del endilgado a una investigación y, por tanto, la aceptación de los cargos se debería presentar luego del descubrimiento probatorio en sede de acusación.

Además, ella debe tener un control formal y material por parte de la defensa, la cual puede aducir circunstancias benéficas para el imputado pese a concordar con el núcleo fáctico atribuido por la fiscalía, que recolecta los elementos materiales probatorios con la ayuda de medios tecnológicos que posibiliten la inmediación del juez que los conoce y que podrá, en virtud de ello, controlar materialmente la acusación al poder confrontar la evidencia con los hechos planteados, la descripción jurídica y las causales eximentes de responsabilidad, además de la validez de dichos elementos. Por ello, la

sentencia debe ser siempre impugnabile en procura de establecer la verdad material y el ideal de justicia, con los cuales se dé paso al cumplimiento de la prevención general con una rebaja de pena que no sea superior al 25% del monto total y se cumpla con los designios propios de la resocialización del reo.

En fin, esa es la manera como debe concebirse la Constitución Política para lograr que la transmutación y la legitimación del instituto de la aceptación de cargos, se haga conforme a los fines del derecho penal y a las garantías constitucionales que, en cualquier caso, se deben preservar.

Conclusiones

De cara a todo lo aquí expresado se deben rescatar los siguientes asertos para el debate sobre el asunto objeto de esta reflexión académica:

En primer lugar, los principios de legalidad y de oportunidad se complementan, solo que dicha integración entre ambos se debe hacer con base en la fórmula propuesta por la doctrina alemana, a cuyo tenor se debe tener tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como sea necesario (Hassemer, 1988), de tal manera que el uso de la idea de oportunidad pueda ser constitucionalmente válida, pero, ante todo, se exprese en la carta magna.

Adicionalmente, en segundo lugar, varios aspectos deben ser modificados dentro del ordenamiento jurídico para que la aceptación de cargos se integre como una forma legitimada de concluir el proceso penal. En efecto: de un lado, el momento en el cual ella tiene lugar, pues no puede ser en la audiencia de formulación de imputación dado que, para entonces, no hay un verdadero control sobre la inferencia razonable de autoría; incluso, no debiera dar lugar a que cese la investigación por parte de la fiscalía, pues ello no solo es un componente novedoso inventado por el legislador sino, además, un ingrediente amañado y caprichoso.

De otro lado, desde el ámbito de la prevención general, la aceptación de cargos tempranos disminuye los esfuerzos educativos que el proceso penal implica y se genera la tendencia a expedir sentencias con base en declaraciones de culpabilidad falsas, pues la actividad probatoria se ve suspendida por la aceptación de los cargos y se da lugar a que se emitan fallos sin información legalmente obtenida, suficiente para derruir la presunción de inocencia. En consecuencia, el artículo 288.3 del Código de Procedimiento Penal –en cuanto dispone que en el momento de la formulación de la imputación se le debe dar al investigado la posibilidad “de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351”– debería ser derogado dada su natural inconstitucionalidad.

En ese orden de ideas, la aceptación de cargos debería tener lugar una vez producida la acusación y luego del descubrimiento probatorio al cual pueda acceder la defensa, dado que ese es el momento en el cual la fiscalía –tras realizar una investigación objetiva– ya ha debido descartar las causales de preclusión que pudiesen reconocerse y el procesado, a su turno, tendría conocimiento a plenitud de la evidencia física que fue recolectada y que tendrá vocación de ser usada en el juicio de tal manera que, luego de valorar tanto lo favorable como lo desfavorable, pueda tomar esa determinación de manera inteligente. Asimismo, recuérdese, en ese momento también la defensa ya pudo hacer un control sobre el mérito suficiente para acusar y ha podido acceder a través de un rol participativo en la investigación en el escenario de las audiencias preliminares.

Así mismo, en tercer lugar, los actos de investigación de la fiscalía deben realizarse con la utilización de medios tecnológicos que logren ese efecto inerte en la práctica de la prueba durante el juicio; lo mismo, puede suceder si a los allanamientos a moradas puede asistir un defensor provisto por el sistema nacional de defensoría pública o si, añádase, las entrevistas, en vez de ser transcritas, se presentan en medios magnetofónicos de grabación, solo oral y visual, pues así se logra asegurar que lo dicho por el endilgado no fue inducido o agregado por el entrevistador y que ello es producto del proceso de rememoración del deponente. También, la defensa debe tener la facultad

de presentar elementos materiales probatorios que puedan dar lugar al reconocimiento de atenuantes de culpabilidad o causales atipicidad o de justificación para que sea, finalmente, el juez quien decida materialmente sobre el mérito de la causa.

Además, en cuarto lugar, el control judicial debe guardar correspondencia con lo planteado en las sentencias C-1195 de 2005 (CConst., pp. 1 y ss.), C-1260 de 2005 (CConst., pp. 1 y ss.) y C-694 de 2015 (CConst., pp. 1 y ss.) porque, al aceptarse cargos, esta renuncia debe compaginarse con las garantías de que ese acto sea libre, consciente, voluntario, asesorado por la defensa y debidamente informado; no puede, entonces, comprometer la presunción de inocencia y solo procede si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o la participación en la conducta y su tipicidad, porque esta se tendría por inexistente si vulnera esos derechos fundamentales, debiendo el juez continuar el trámite como si se obtuviere una alegación de no culpabilidad. Esta última cláusula también se debe aplicar para la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales porque ella es nula de pleno derecho aun en sede de aceptación de cargos.

De este modo, si verificados todos y cada uno de estos aspectos por parte del juez de conocimiento, conforme al artículo 380 del CPP, se constata la existencia de los elementos estructurales de la figura delictiva respectiva que dan lugar a la responsabilidad penal, esta manifestación de culpabilidad se debe asimilar a una confesión entendida en su sentido natural, porque como medio probatorio él no existe en la Ley 906 de 2004 (Sent. C-694/2015, CConst., con 1.). Asimismo, las sentencias también deben comportar la posibilidad de su impugnación y revisión si aparecen nuevos elementos que desdican esa aceptación de cargos, para que, en términos de Ferrajoli, ella no se base solo en la expresión de la culpabilidad del procesado.

Por último, en quinto lugar, las rebajas de pena no pueden comportar la disminución de la mitad de la pena por cuanto esta cifra da lugar a una aceptación falaz de los cargos y, con ello, a la impunidad y trae como consecuencia la posibilidad de castigar a quien no ha sido autor del hecho. Esto por

cuanto incluso en los sistemas de procesamiento penal anglosajones, como el norteamericano y el del Reino Unido, las reducciones de pena contempladas son del 25%, para el primer país, y de un tercio en el segundo, y se ha dicho que incrementar esa cifra resulta inconveniente (Beard, 2017, p. 1).

Referencias

- Almeida, K. C. (2008) *La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal: un análisis de política criminal*, Tesis Doctoral. Getafe: Universidad Carlos III. http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/dpto_derecho_penal_procesal_historia/area_derecho_procesal/tesis.
- Alschuler, A. (1979). Plea Bargaining and its History. *Columbia Law Review*, 79(1), 1-43.
- Ambos, K. & Woischnik, J. (2000). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Amodio, E. (2003). *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milán: Giuffrè editore.
- Armenta, T. (1991). *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España*. Editorial PPU: Barcelona.
- Armenta, T. (2015). Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 1(1), 121-139. <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/7>.
- Auto (2007, noviembre 8). Admisión de la demanda [Radicado No. 28630]. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2007, febrero 21). Admisión de la demanda [Radicado No. 26587]. Magistrado Ponente: Marina Pulido de Baron. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2007, marzo 21). Admisión de la demanda [Radicado No. 23816]. Magistrado Ponente: Marina Pulido de Baron. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2009, mayo 6). Admisión de la demanda [Radicado No. 31538]. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2009, octubre 21). Admisión de la demanda [Radicado No. 32103]. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Auto (2008, julio 7). Admisión de la demanda [Radicado No. 29479]. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2007, abril 18). Admisión de la demanda [Radicado No. 27159]. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2011, marzo 9). Admisión de la demanda [Radicado No. 33763]. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2011, septiembre 21). Admisión de la demanda [Radicado No. 37176]. Magistrado Ponente: María del Rosario González de Lemos. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP1600 (2015, marzo 25). Admisión de la demanda [Radicado No. 43505]. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2012, junio 27). Admisión de la demanda [Radicado No. 39296]. Magistrado Ponente: No figura. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Bacigalupo, E. (1988). Discriminación y prevención. *Poder Judicial. Justicia Penal*, N° Extra 2, 9-30.
- Beard, J. (2017). Reduction in Sentence for a Guilty Plea. *House of Commons Library* n° 5974, 15 de noviembre de 2017. file:///F:/PLEA%20BARGAINING/BEARD-REDUCTION%20IN%20SENTENCE.pdf.
- Barona, S. (1994). *La conformidad en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Beccaria, C. (2014). *De los delitos y de las penas*. Medellín: Ediciones Nuevo Foro.
- Beling, E. (1943). *Derecho procesal penal*, trad. y notas de M. Fenech. Barcelona: Ed. Labor.
- Bernal, J. & Montealegre, E. (2004). *El Proceso Penal. Tomo I: Fundamentos Constitucionales y Teoría General*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Boschi, M. (1990). Sentenza di condanna atipica per l'applicazione di pena patteggiata. *Giustizia penale* III, 645-648.
- Cafferata, J. I. (2011). *Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino* (2ª ed). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Callari, F. (2012). L'applicazione della pena su richiesta delle parti: uno "speciale" paradigma processuale cogni uno "speciale" paradigma processuale cognitivo. *Revista Archivio Penale* N. 3, 1-24. <http://www.archiviopenale.it/File/DownloadArchivio?codice=d81d4097-2fc3-47c2-91f0-495cde377152>.

- Carrara, F. (1988). *Programa de Derecho criminal*, t. I, trad. de José J. Ortega y Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis.
- Castaño, R. A. (2013) El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional. *Nuevo Foro Penal (NFP)* Volumen 9(80), 165-185.
- Catanese, M. F. (s.f). Garantías Constitucionales del Proceso Penal, 1-20. <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/catanese.pdf>.
- Cheesman, S. J. (2014). Comparative Perspectives on Plea Bargaining in Germany and the USA. En: Badó Attila/Detlev W. Belling (Coords.) *Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert* (pp. 113-151). Potsdam: Universitätsverlag Potsdam. https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/deliver/index/docId/7457/file/S113-151_aiup02.pdf.
- Clariá, J. A. (2004). *Derecho Procesal Penal, t. I. Conceptos generales*. Buenos Aires: Culzoni Editores.
- Codice di Procedura Penale (2018). <https://www.studiocataldi.it/codiceprocedurapenale/codice-procedura-penale.pdf>.
- Constitución Política de Colombia (1991, julio 20). *Gaceta Constitucional* No. 116 de 20 de julio de 1991. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Chiama, R. & González, M. M. (s.f). Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal (Ponencia, Universidad de Buenos Aires). <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/chiama.pdf>.
- De Diego, L. (1999). *Justicia Criminal Consensuada (Algunos modelos del derecho penal comparado en los EE. UU., Italia y Portugal)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- De la Oliva, A. (1992). Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del tribunal a las pretensiones en el proceso penal. *Revista General del Derecho*, N° 577-578, 9853-9903.
- Del Río, C. (2008). El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35(1), 157-182. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2596324>.
- Dencker, F. (1990). Zum Geständnis im Straf- und Strafprozessrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* N° 102, 51-79.
- Dervan, L. E., & Edkins, V. A. (2012). The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem. *Journal of Criminal Law and Criminology*. 103(1), 1-45. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=jclc>

- Díaz, E. (1998). *Curso de Filosofía del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Federal Judicial Center (2013). *Benchbook for U. S. District Court Judges* (6th ed.). Washington, DC. <https://www.fjc.gov/content/benchbook-us-district-court-judges-sixth-edition-0>.
- Federal Rules Evidence (2018). Washington: U. S. GOVERNMENT PUBLISHING OFFICE. https://www.uscourts.gov/sites/default/files/evidence-rules-procedure-dec-2017_0.pdf.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Ed. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2005). Criminalidad y Globalización. *ITER CRIMINIS - Revista de Ciencias Penales* (1), Tercera época, 71-88. <http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/33criminalidad-y-globalizacion.pdf>.
- Ferré, J. C. (2018), El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC* 20-06, 1-30.
- Fioravanti, M. (1998). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Madrid: Trotta.
- Frommann, M. (2009). Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges? *Hanse Law Review*. 5(1), 197-220.
- Galain, P. (2005). La negociación en el proceso penal. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, VII, 159-201.
- Gallandi, V. (1987). Anmerkung zum Beschluss de BverfG vom 27 Januar 1987. *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, No. 9, 419-421.
- García, S. (1998). Reflexiones sobre los principios rectores del proceso penal. *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal* (pp. 333-374). México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/745/1.pdf>.
- García, S. (2014). Comentario sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 141, septiembre-diciembre de 2014, 1167-1190. <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v47n141/v47n141a11.pdf>.
- Gazal-Ayal, O. & Tor, A. (2012-2013). The Innocence Effect. *Duke Law Journal*, vol. 62, 339-401.
- Gomes de Vasconcellos, V. & Capparelli, B. (2015). Barganha no processo penal italiano: análise crítica do Patteggiamento e das alternativas procedimentais na Justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, vol. 15, 435-453. www.redp.com.br

- Gómez, J. L. (2008). *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Gómez, J. L. (2015). *Los Fundamentos del Sistema adversarial de Enjuiciamiento Criminal*. Bogotá: Ed. Andrés Morales.
- Gössel, K. H. (1984). Reflexiones sobre la importancia del Principio de Legalidad en el procedimiento penal del Estado de Derecho, trad. K. Lemberg. *Nuevo Foro Penal*, 12(23), 5-29.
- Guerrero, O. J. (2013). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal* (2 ed.). Bogotá: Ed. Nueva Jurídica.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Hassemmer, W. (1988). La persecución penal: legalidad y oportunidad, trad. M. A. Cobos Gómez de Linares. *Jueces para la Democracia* N° 4, 8-11. <http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2004%20septiembre%201988.pdf>.
- Hassemmer, W. (1998). Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal*, (1), 37-42. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/13245/Perspectivas.pdf?sequence=2>.
- Hassemmer, W. (2003). *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.
- Hauer, J. (2007). *Geständnis und Absprache*. Berlin: Duncker & Humblot GmbH.
- Jeschek, H. H. (1981). *Tratado de derecho penal. Parte General*, 2 ts., trad. F. Muñoz Conde y S. Mir. Barcelona: Ed. Bosch.
- Lamadrid, M. A. (2018). *El principio de oportunidad. Herramienta de Política Criminal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Langer, M. (2001). La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. Maier, J. B. y Bovino, A. (comps.), *El Procedimiento Abreviado* (pp. 97-133). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Lascaraín, J. A. & Gascón, F. (2018) ¿Por qué se conforman los inocentes? *Revista Para el Análisis del Derecho InDret*. Vol. 3, 1-28. <http://www.indret.com/pdf/1400.pdf>.
- Ley 906 (2004, agosto 31). [CPP]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Maier, J. B. J. (1989). *Derecho Procesal Penal Argentino* (t. I, vol. a). Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Maier, J. B. J. & Bovino, A. (2001) (Comps.). *Procedimiento Penal Abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

- Maurach, R. & Zipf, H. (1994). *Derecho Penal, Parte general 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Molina, R. (2012). *La Conformidad en el Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Pontificia Bolivariana-Ibáñez-Universidad de los Andes.
- Montañez, J. C. (2013) Las negociaciones en el proceso penal: del procedimiento inquisitivo a la prisionización masiva. *Derecho Penal y Criminología*, 34(97), 65-83.
- Montero, J., Gómez, J. L., Montón, A. & Barona, S. A. (2014). *Derecho Jurisdiccional Volumen III. Proceso Penal* (22 ed.). Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- Moreno, V. (2002). El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma. *Cuadernos de Derecho Judicial (GPF)*, N° 4, pp. 13-62.
- Mosbacher, A. (2014). The Decision of the Federal Constitutional Court of 19th March 2013 on Plea Agreements. *German Law Journal*. Vol. 15(1), 5-14. <https://german-lawjournal.com/volume-15-no-01/>
- Muerza, J. (2014). *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras Normas Procesales* (20 ed.). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Pereira, S. (2015). Un pacto con la justicia. El patteggiamento tras 25 años de vigencia: balance y análisis comparado en Justicia. *Revista de derecho procesal* N° 2, 309-348.
- Quintero, C. A. (2013) *La Justicia Penal Negociada en Estados Unidos y Colombia*, Tesis de Maestría. Bogotá: Universidad Nacional.
- Rakoff, J. S. (2014). Why Innocent People Plead Guilty: An Exchange. *The New York Review of Books*, vol. 61(18). <https://www.nybooks.com/issues/2014/11/20/>
- Redlich, A., Bibas, S., Edkins, V. & Madon, S. (2017). The Psychology of Defendant plea decision making. *American Psychologist*, 72(4), 339-352. <https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2Fa0040436>.
- Rodríguez, N. (1997) *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*, trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Roxin, C. (1997), *Derecho penal. Parte general*, t. I. trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas S. A.
- Safferling, C. & Hoven, E. (2014). Plea Bargaining in Germany after the Decision of the Federal Constitutional Court. *German Law Journal*. 15(1), 1-4. <https://germanlawjournal.com/volume-15-no-01/>
- Sentencia C-782 (2005, julio 28). Demanda de Inconstitucionalidad [Expediente D-5515]. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional [Colombia].

- Sentencia C-1195 (2005, noviembre 22). Demanda de Inconstitucionalidad [Expediente D-5716]. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-1260 (2005, diciembre 5). Demanda de Inconstitucionalidad [Expediente D-5731]. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-091 (2006, febrero 10). Acción de tutela [Expediente T-1209857]. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-694 (2015, noviembre 11). Demanda de Inconstitucionalidad [Expediente D-9818]. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia (2007, octubre3). Recurso de casación [Radicado No. 28123]. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2005, octubre 20). Recurso de casación [Radicado No. 24026]. Magistrado Ponente: Mauro Solarte Portilla. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP16789 (2015, noviembre 25). Recurso de casación [Radicado No. 45511]. Magistrado Ponente: Luís Guillermo Salazar Otero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2012, abril 18). Recurso de casación [Radicado No. 38020]. Magistrado Ponente: José Luís Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2014, diciembre 14). Recurso de casación [Radicado No. 37076]. Magistrado Ponente: Luís Gonzalo Velásquez Posada. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2007, noviembre 14). Recurso de casación [Radicado No. 26190]. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP14496 (2017, septiembre 27). Recurso de casación [Radicado No. 39831]. Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Schünemann, B. (2002). ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio* (pp. 288-302). Madrid: Tecnos.
- Schünemann, B. (2004). Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 25(76), 175-197.

- Silva, J. M. (2007) *¿Crisis del Sistema Dogmático del Delito?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sotomayor, J. O. (2008). ¿El derecho penal garantista en retirada? *Revista Penal* N° 21, 148-164.
- Strafprozeßordnung [StPO] (2019). <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/StPO.pdf>.
- Urbano, J. J. (2013). *El Control de la acusación. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado constitucional de Derecho*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.
- Velásquez, F. (2010). La Justicia negociada: un ejemplo de peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema. F. Velásquez (Comp.): *Sistema Penal Acusatorio Nuevos Retos* (pp. 13-42). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Velásquez, F. (2011). Proceso Penal y Principio de Oportunidad. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* No. 3, 128-155.
- Velásquez, F. (2013). “La Jurisprudencia como fuente formal del Derecho Penal, Prevaricato por desconocimiento del precedente jurisprudencial”. *Cuadernos de Derecho Penal* N° 9, 143-179.
- Velásquez, F. (2018). *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*, 2 ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez, F. (2018a). *La justicia penal: legalidad y oportunidad*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Vigil, J. (2013). La institución de la conformidad en el proceso penal español. II Jornadas de Dret Penal Dos Açores. *JULGAR on line*, 1-40. <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Jacobo-Vigil-Levi-La-instituci%C3%B3n-de-la-conformidade-en-el-proceso-penal-esp%C3%B1ol.pdf>.
- Volk, K. (1995) Diverse Wahrheiten. Eser, et al., *Festschrift für Hanskarl Salger. Straf und Verfahrensrecht, Recht und Verkeher, Recht und Medizin, Festschrift für Hanskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes* (pp. 411-419). Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Weigend, T. & Turner, J. (2014). The Constitutionality of Negotiated Criminal Judges in Germany. *German Law Journal*. Vol. 15(1), 81-105. <https://germanlawjournal.com/volume-15-no-01/>.
- Weßlau, E. (2002). *Das Konsensprinzip im Strafverfahren - Leitidee für eine Gesamtreform?* Baden-Baden: Ed. Nomos.
- Wolfslast, G. (1990). Absprachen im Strafprozess. *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, N° 9, 409-416.
- Zamora, M. L. (2016). *Resultados del Estudio de Tiempos Procesales*, t. I. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura-Corporación Excelencia en la Justicia. <https://www.rama->

judicial.gov.co/documents/1545778/8829673/TOMO+I+TIEMPOS+PROCESAL
ES_18122015.pdf/2da294fd-3ef6-4820-b9e0-7a892b1bdbf0.

Zimmerman, D. M. & Hunter, S. (2018). Factors affecting false guilty pleas in a mock plea bargaining scenario. *Legal and Criminological Psychology*, 23, 53-67. <https://online-library.wiley.com/doi/epdf/10.1111/lcrp.12117>.

El peligro para la comunidad como fin de la detención preventiva. Un análisis desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos*

*Adriana María Tobar Cerón***

Resumen: Con el presente artículo se pretende resaltar que la prisión preventiva tiene objetivos cautelares y no punitivos; por ello, no debería imponerse con propósitos distintos a aquellos. Más aún cuando los fines legítimos han sido determinados en los estándares del sistema interamericano de protección de derechos humanos, según los cuales se busca asegurar la comparecencia del procesado al juicio e impedir la obstrucción del procedimiento penal. Así, se destaca como reparo al riesgo de afectación a la comunidad que la medida de detención preventiva argumentada, en procura de este fin, no tiene por objeto el aseguramiento procesal, sino que, en realidad, constituye una anticipación de la pena.

Palabras claves: bloque de constitucionalidad, detención preventiva, estándares internacionales, peligro para la comunidad.

Abstract: The purpose of this article is to highlight that pretrial detention has precautionary and non-punitive objectives; Therefore, it should not be imposed for purposes other than those. Even more when the legitimate purposes have been determined in the standards of the Inter-American Human Rights System, according to which it seeks to ensure the appearance of the accused at trial and prevent the obstruction of the criminal procedure. Thus, it stands out as a reparation to the risk of affecting the community that the measure of preventive

* Artículo de reflexión presentado para optar al título de maestro en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia); la dirección estuvo a cargo del Profesor Ricardo Molina López.

** Juez penal municipal con función de control de garantías. Especialista en Derecho Constitucional y Procesal Penal. Correo de contacto: amtc79@hotmail.com.

detention argued, in pursuit of this purpose, does not aim at procedural assurance but, in reality, constitutes an anticipation of the penalty.

Keywords: Block of constitutionality, preventive detention, international standards, danger to the community.

Introducción

La legislación procesal penal establece que las medidas cautelares pueden imponerse para evitar la obstaculización de la justicia, lograr la protección de la comunidad o de la víctima y asegurar la comparecencia del imputado al proceso y el cumplimiento de la sentencia. De esta manera, en atención a estos fines, los fiscales suelen solicitar las medidas privativas sin demostrar la necesidad de cautela dentro proceso y, agréguese, los jueces con función de control de garantías las imponen sin mayores exigencias, especialmente en aras de evitar un “peligro para la comunidad” que, por lo demás, es casi siempre mal entendido.

Es más, en la normativa procesal penal la detención preventiva busca amparar esos tres fines sin clasificarlos en procesales o no, por lo que en algunas oportunidades ella se muestra en aparente contravía del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Por ello, ante la existencia de esos dos estándares vigentes, el local y el internacional, se deben someter las normas internas a una comparación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las normas del *corpus juris* del sistema interamericano, con inclusión de la interpretación realizada por ese organismo en relación con dichas disposiciones, todo ello de cara a confrontar si las normas del derecho doméstico son compatibles o no con las pautas del derecho internacional.

Sobre este aspecto se hace pertinente resaltar, entonces, que desde los inicios del sistema penal acusatorio los fiscales –de manera constante– recurrían al concepto de peligro para la comunidad como argumento general para sustentar la petición de medida de aseguramiento. Y ello demuestra, con

toda claridad, que no existe un marcado desarrollo o evolución en cuanto a la capacidad del ente acusador para cimentarse en aspectos procesales al momento de tomar la decisión de solicitar o no la detención preventiva en establecimiento de reclusión (Aponte, 2008).

De allí la necesidad de determinar si el peligro para la comunidad y la víctima constituyen un fin legítimo para imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de reclusión, pues como se ha observado la mayoría de las decisiones judiciales se sustentan en la protección de este fin, en aras de un populismo punitivo que quebranta el carácter excepcional de la prisión preventiva. Desde luego, este hecho se constituye en una opción fácil para que el Estado pueda responder a las exigencias de seguridad ciudadana o a los delitos de alto impacto, arbitrariedad que estaría en contra de la Constitución y de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, pues el procesado detenido queda en el mismo escenario que un condenado sin juicio, cuando, constitucionalmente, su situación jurídica debería ser la contraria.

La finalidad del presente artículo de investigación es analizar si el imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva en aras de salvaguardar un fin no procesal –como lo es el evitar peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima–, constituye una actuación lesiva a la constitución y a los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Así mismo, se busca determinar cuál normatividad prevalece al momento de solicitar e imponer una medida de aseguramiento, dado que el derecho internacional no acepta como fin legítimo el de protección a la comunidad y, en especial, a las víctimas, situación que sí contempla la Constitución Política de 1991 (CN, art. 250) por lo cual hay una disparidad con esos estándares internacionales.

Desde luego, toda esta discusión está ligada con la presunción de inocencia contenida en el art. 29 de la CN y a cuyo tenor “toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable”; ello, en armonía con el art. 250 de la carta según el cual a un procesado se le pueden

imponer medidas cautelares para salvaguardar la sociedad o la víctima, asegurar la prueba o para exigir su comparecencia al proceso penal, privándolo –incluso– de la libertad así no haya sido condenado, con lo cual se privilegia el trámite procesal frente al derecho inalienable del ciudadano en cuya virtud se debe presumir que no ha cometido delito (Tisnés, 2011, pp. 59 y ss.).

Surge, entonces, el interrogante de si es aceptable que una persona permanezca detenida cuando aún no ha sido condenada, pues lo conveniente sería que se mantuviera en libertad mientras se encuentra a la espera de un juicio; ello en atención al supuesto carácter excepcional de estas medidas. Nuestro país es suscriptor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que está sometido a las providencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en acatamiento de los tratados suscritos, acorde con el principio del *pacta sunt servanda*.

Así las cosas, en el evento de ser disconformes lo idóneo sería optar por el estándar que resguarde prioritariamente al ser humano en sus derechos a la libertad y a la presunción de inocencia, en virtud del principio *pro homine*. Por ello, los jueces al momento de tomar la decisión en torno a si imponen o no una medida de aseguramiento que tenga como propósito proteger a la comunidad, se encuentran frente a una disyuntiva: si efectúan el denominado control de convencionalidad y, en consecuencia, aplican el precedente interamericano que inadmite esa finalidad, o si, por el contrario, optan por la aplicación de la normatividad interna la cual acepta como fin legítimo la protección a la sociedad.

Desde luego, en la práctica judicial se pasa por alto que la prisión preventiva es una figura de aplicación excepcional. Situación que se hace evidente ante la imposición excesiva de esta clase de medidas, por medio de las cuales se priva a una persona de su libertad, sin que su inocencia haya logrado desvirtuarse con una sentencia de carácter condenatorio. Así este fenómeno generalizado contribuye a aumentar el hacinamiento en las cárceles, con el consecuente deterioro de la dignidad y los derechos humanos de quienes se encuentran reclusos en ellas.

En consecuencia, el presente trabajo busca responder a la siguiente pregunta problema: ¿El peligro para la sociedad y la víctima constituyen un fin legítimo para imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario? Así las cosas, aquí se intenta aportar conclusiones que permitan al operador judicial solicitar y decretar las medidas de aseguramiento cuando estas realmente sean requeridas en procura del proceso y ellas, adviértase, no se conviertan en instrumentos de verificación de la política criminal.

Como hipótesis o respuesta al planteamiento inicial, se tiene entonces que el imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva en aras de salvaguardar un fin no procesal –como lo es el evitar peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima–, sí constituye una actuación lesiva a la Constitución y a los estándares internacionales de derechos humanos.

La metodología empleada para alcanzar los objetivos específicos propuestos ha sido el estudio descriptivo de la doctrina y la jurisprudencia nacional, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, sobre el asunto. En cuanto a la jurisprudencia extranjera, se acude a la expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto se refiere a los fines legítimos de la detención preventiva y al carácter excepcional que ésta debe tener. Para ello fue necesario la consecución y acopio del material bibliográfico, procediendo a realizar un estudio ponderado que tiene como principal objetivo mostrar a la prisión preventiva como una medida instrumental, cautelar y provisional, apartándose del punto de vista según el cual se le debe dar el mismo tratamiento de una pena anticipada, puesto que ello atenta contra la dignidad humana del procesado.

En lo que se sigue se aborda, en primer lugar, el instituto de la detención preventiva en el proceso penal acusatorio acorde con las previsiones del derecho vigente; posteriormente, en segundo lugar, se examinan los fines legítimos que la justifican; en tercer lugar, se hace un análisis de estos de conformidad con lo preceptuado en los estándares internacionales de derechos humanos. En cuarto lugar, se estudia la disparidad entre el derecho interno

el internacional en estas materias y se hacen algunas observaciones; al final, se plasman las conclusiones de esta incursión académica y, en la sección de referencias, se consignan las fuentes bibliográficas utilizadas.

La detención preventiva en el derecho positivo

La detención preventiva es una medida cautelar o de aseguramiento que consiste en la encarcelación de una persona, por existir unos elementos materiales probatorios de los cuales se puede inferir de manera razonable que el individuo puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga. Esta figura tiene como finalidades, las procesales señaladas en el Código de Procedimiento (L. 906/2004, art. 308, No. 1 y 3) y se busca evitar un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; de este modo, con la imposición de esta medida se priva de la libertad al imputado, durante un determinado periodo de tiempo aun cuando todavía no haya sido declarado responsable.

El concepto.

Un sector de la doctrina sostiene que las medidas cautelares –dentro de las que está la detención provisional– son aquellos mecanismos procesales que pretenden asegurar la efectividad del proceso penal en sí mismo. Al respecto, Bigliani y Bovino (2008) creen que para salvaguardar el desarrollo de un proceso y el cumplimiento de la sentencia condenatoria es conveniente adoptar, hasta que esta adquiera firmeza, las medidas cautelares. Por ello, existe un alto grado de conformidad respecto de que “los fines de la prisión preventiva solo pueden ser fines de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución” (Hassemer, 1998, p. 119).

Es así como la detención provisional es justamente una medida cautelar que puede ser impuesta por un juez de control de garantías, la cual consiste en la reclusión de un individuo que está siendo investigado por la probable

comisión de un delito a pesar de no haber sido vencido en juicio. En virtud de esta, el procesado es enviado a un establecimiento carcelario hasta que se adelante el juicio y en éste se establezca su responsabilidad o su inocencia. En consecuencia, queda privado de su libertad aunque aún no haya sido condenado. Por ello, la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario es la injerencia más severa en el ámbito de la libertad personal (Sanguiné, 2003), cuya imposición es de carácter excepcional (De Lamo, Escudero, Robledo y Frigola, 2000). Lamentablemente, en nuestro país se recurre excesivamente a ese “encarcelamiento cautelar de personas inocentes, como si se tratara de una pena anticipada” como ha dicho un reconocido doctrinante refiriéndose a su propia normativa en este ámbito (Bovino, 1998, p. 150).

Las previsiones del CPP.

En la Constitución Política de 1991 (CN, art. 250 inc. 4º, N° 1) se establece que la Fiscalía General de la Nación deberá solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías que se tomen las medidas necesarias para asegurar la asistencia de los imputados al proceso penal, la preservación de la prueba y la salvaguardia de la comunidad, en especial de las víctimas. Por su parte la Ley 906 de 2004 (CPP, art. 308) establece los requisitos que se deben cumplir para que un juez con funciones de control de garantías imponga una medida de aseguramiento. A su turno, el art. 310 del citado estatuto procesal, indica cuáles son las circunstancias que se deben considerar para concluir que una persona es peligrosa para la comunidad. Finalmente, cuando se trate de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, se debe verificar el cumplimiento de cualquiera de los numerales enlistados en el art. 313 *ibidem*.

En consecuencia, para que resulte legal y constitucionalmente admisible la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad de detención preventiva en establecimiento carcelario o en la residencia del imputado, se hace imperativo que de los elementos materiales probatorios se pueda colegir de manera razonable que el indiciado puede ser autor o partí-

cipe del delito que se investiga, además que con la imposición de la medida se impida el entorpecimiento a la justicia o se salvaguarde a la comunidad o a la víctima, o se evite el riesgo de fuga y que, además, resulte procedente la detención cautelar (CPP, art. 308). Así, pues, ante el incumplimiento de tales requerimientos, el juez con funciones de control de garantías no puede imponer una privación de la libertad preventiva.

Revisado lo anterior, el juez debe establecer cuál de aquellas medidas privativas de la libertad –detención en establecimiento carcelario o en el lugar de la residencia del imputado– es la más adecuada, necesaria y proporcional en su sentido estricto, es decir, debe efectuar un test de proporcionalidad que le permitirá imponer aquella que resulte razonable de acuerdo a los contenidos constitucionales (Sent. SP17679/2015, CSJ). Así las cosas, en la decisión judicial en la cual se impone la detención preventiva, la carga constitucional de argumentación “debe ser considerada desde una doble perspectiva: la del derecho a la tutela judicial efectiva y la del respeto al derecho a la libertad personal” (Sanguiné, 2003, p. 550).

Las modificaciones al CPP.

El seis de julio de 2015 entró en vigor la Ley 1760 de 2015, por medio de la cual se modificó parcialmente el CPP, en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, a partir de lo cual algunas de sus disposiciones quedaron aplazadas en su aplicación por un año. Trascurrido ese lapso, el 1° de julio de 2016 el legislador expidió la Ley 1786, por medio de la cual se cambiaron, a su vez, algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015.

Es pertinente resaltar que antes de la entrada en vigencia de estas leyes se advertía un uso masivo e indiscriminado de esta clase de medidas, situación que explica el incremento alarmante de la población penitenciaria de las últimas décadas. Así, entonces, con las mencionadas reformas el Congreso a instancias del ejecutivo y la fiscalía hizo un intento por atender lo dispuesto en los estándares internacionales de derechos humanos para procurar la racionalización de la imposición de detenciones preventivas dentro del con-

junto de medidas que configuran la política criminal, orientadas a reducir el hacinamiento carcelario.

La reforma contenida en las leyes en mención destacó el carácter excepcional, provisional y temporal de estas medidas para que su duración no constituya una pena anticipada, con límites objetivos insuperables y atenuando así, de algún modo, la imposición de medidas carcelarias bajo el argumento de proteger a la comunidad. En ese sentido, la mencionada modificación tuvo como pretensión evitar la imposición “automática” de la medida de detención preventiva, toda vez que la fiscalía, al momento de solicitarla, debe realizar un juicio de alternatividad, argumentando que otras menos lesivas resultarán insuficientes para sus fines, pues solo se podrá apelar al encarcelamiento como último recurso.

De esta manera, los jueces penales con función de control de garantías, encargados de imponerlas, deben evaluar de manera suficiente la solicitud cautelar no punitiva, evitando decisiones basadas en presunciones, criterios peligrosistas y presiones mediáticas que afectan el derecho a la libertad y causan un enorme detrimento al patrimonio del Estado. Igualmente, la reforma reafirmó el principio de verificación frente al mérito sustantivo y los riesgos procesales de la medida a imponer, pues no es suficiente la simple argumentación sin evidencia probatoria. Lo anterior es una exigencia que obliga a los interesados a verificar con medios cognoscitivos la relación suficiente entre el autor, la medida a solicitar y los fines cautelares del proceso.

La reforma aquí enunciada, fue analizada por la Corte Constitucional (Sent. C-231/2016, CConst.); en ella, el alto tribunal estudió la expresión “el futuro” contenida en la Ley 1760 de 2015 (art. 2) y la declaró exequible. Es más, resaltó que las medidas cautelares tienen esencialmente un carácter preventivo de acontecimientos futuros y no castigador de hechos ocurridos en el pasado, y que su razón de ser es asegurar un derecho vigente que se proyecta hacia el futuro y no la de imponer una sanción. Aunado a lo anterior, el alto Tribunal analizó cada una de las finalidades de las medidas de aseguramiento contenidas en el CPP, para llegar a la conclusión de que ninguna de ellas se

emplea para castigar una situación acaecida en el pasado, sino para evitar que evaluadas las circunstancias actuales del proceso se presente una situación en el futuro como cuando se valora si la persona representa un peligro para la sociedad, el posible entorpecimiento al debido ejercicio de la justicia, la no asistencia del imputado al proceso o el incumplimiento de la sentencia.

Así las cosas, la Corte Constitucional insistió en que para que la medida de aseguramiento no se tenga como una pena anticipada y, por tanto, no transgreda la presunción de inocencia y solo se imponga de manera excepcional, debe ser indispensable desde una perspectiva jurídica, esto es, dirigida a lograr los objetivos del proceso penal en general y a los fines de cada medida cautelar en especial. Del mismo modo, debe ser proporcional, teniendo en cuenta los elementos de convencimiento para imponerla y los hechos que se investigan, de manera que no se afecte la libertad del imputado más allá de los límites rigurosamente necesarios para garantizar que aquél no imposibilitará el desarrollo eficaz de las investigaciones ni evitará la acción de la justicia (Sent. C-231/2016, CConst.). Por ello, de conformidad con la jurisprudencia constitucional y los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales, esta medida debe ser excepcional, necesaria y racional (Prieto, 2006).

Las reformas en relación con el “peligro para la comunidad” como fin constitucional para imponer una medida de aseguramiento.

Como se advirtió, la Ley 1760 de 2015 modificó parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad. Para ello, fijó el término de duración de la medida de aseguramiento, estableció que las medidas que restringen la libertad solo podrán ser impuestas cuando quien las solicita soporte, ante el juez de control de garantías, que las no privativas de la libertad son insuficientes para asegurar el cumplimiento de los fines de la medida; y, por último, varió el texto del art. 317 referente a las causales de libertad. Respecto del fin constitucional objeto de estudio, adicionó un párrafo al art. 308 y modificó el tenor del art. 310 del CPP.

Así las cosas, es preciso insistir que antes de la expedición de las Leyes 1760 de 2015 y 1786 de 2016, una medida de aseguramiento, en aras de salvaguardar el fin de evitar un peligro para la comunidad, era impuesta por los jueces con función de control de garantías, casi sin excepción, en todos los casos donde el probable *quantum* punitivo a imponer superara los cuatro años de prisión. Ello, por cuanto la fiscalía y la judicatura podían argumentar de manera genérica y ambigua que la medida cautelar se tornaba idónea, proporcional, urgente y necesaria para proteger este fin. Así, pues, sobrevino la imposición desbordada de esta clase de medidas, pues cualquier situación que rodeara la presunta consumación de un delito encajaba fácilmente en el art. 310 del CPP. De tal manera que con la expedición de las normatividades referidas se hicieron más exigentes los requisitos para su imposición y se les reservó para los casos más graves.

Precisamente, el texto del Código de Procedimiento Penal (L. 906/2004, art. 310) que desarrolla el fin constitucional en mención fue analizado por la Corte Constitucional (Sent. C-469/2016) y ese organismo declaró la exequibilidad de varios apartes normativos demandados, atinentes a *los eventos a considerar cuando se debe determinar si la libertad del imputado constituye un verdadero peligro para la comunidad, o no*. En esta providencia, se insiste en que este tipo de medidas tienen un propósito de carácter preventivo y no sancionatorio, y que ellas intentan dar respuesta a los intereses de la investigación y de la justicia al garantizar la asistencia del imputado al proceso y la materialización de la eventual condena que llegare a imponerse; es decir, se trata de imposibilitarle al procesado la huida, la continuación de su actividad delincencial o las labores que pueda ejecutar para ocultar, deformar, destruir, o desvirtuar elementos probatorios transcendentales para la investigación.

Sin embargo, uno de los magistrados –Alberto Rojas Ríos–, salvó su voto porque justificar la detención preventiva en que la libertad del procesado representa un peligro para la comunidad, no se compadece con los estándares internacionales vigentes en materia de detención preventiva. A su juicio, y ello se comparte, en materia de causales válidas para decretar una medida de

aseguramiento existe una discrepancia entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Así, mientras el alto tribunal acepta la validez de la existencia de tres causales que justifican la detención preventiva (riesgo de fuga, obstaculización de la justicia y peligro para la sociedad o la víctima), internacionalmente solo son admisibles aquellas situaciones relacionadas con la ejecución del proceso penal. Por esta razón, la propuesta del magistrado inconforme fue ajustar la jurisprudencia constitucional a dichos estándares, tendiendo como fundamento el principio *pro homine* y el ejercicio del control de convencionalidad difuso, amén de modificar los precedentes en el sentido de considerar que solo causales de carácter procesal justifican la restricción del derecho a la libertad personal. Desafortunadamente, esta postura no fue de buen recibo por la mayoría (Sent. C-469/2016, CConst.).

Como corolario de lo anterior, es indudable que con la expedición de las leyes 1760 de 2015 y 1786 de 2016 se intentó racionalizar la imposición de la detención preventiva, pues el panorama normativo previo daba pábulo para el abuso en la imposición de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad con el objetivo abstracto de salvaguardar a la comunidad. Esa circunstancia, adviértase, no solo agravó los problemas de hacinamiento y la crisis de derechos humanos al interior de los centros carcelarios del país sino que trajo consigo el incremento de los costos económicos y sociales de la reclusión como ha sucedido en los países del entorno latinoamericano (Duce, Fuentes y Riego, 2009).

En consecuencia, con la promulgación de las leyes en mención se incrementó la imposición de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad contenidas en el art. 306 del CPP que implican menor restricción de los derechos fundamentales, y, añádase, disminuyen los costos económicos y sociales que trae consigo la detención preventiva tanto para el Estado como para el sindicado y su familia (Zepeda, 2010). Por ello, los fiscales y jueces deben recurrir preferentemente a otra clase de medida, como las no privativas, y solo decretar la prisión cautelar cuando no haya otro medio menos lesivo para prevenir alguno de los tres riesgos para los cuales existe esta clase de medidas de aseguramiento (Uprimny, 2011).

Los fines constitucionales legítimos para imponer una medida de aseguramiento en la legislación interna

Como se ha advertido, los numerales del art. 308 del CPP establecen que con la imposición de la detención preventiva se busca garantizar la comparecencia del investigado al proceso y el cumplimiento de la sentencia. De igual manera, evitar que el procesado entorpezca el debido ejercicio de la justicia y su libertad resulte peligrosa para la seguridad de la comunidad o de la víctima. Así las cosas, este trabajo solo menciona los numerales 1º y 3º del referido precepto normativo pues ellos gozan de aceptación en los estándares internacionales de derechos humanos, y se hace hincapié –eso sí– en el fin no procesal del “peligro para la comunidad”.

La obstrucción a la justicia.

Este fin de la medida cautelar consagrado en el numeral primero del art. 308 del CPP, encuentra su desarrollo en el art. 309 *ibidem*, que, en virtud de su naturaleza procesal, *busca cautelar el proceso en el evento de que existan motivos fundados que permitan concluir que el imputado va a obstaculizarlo e imposibilitar y frenar el avance de la investigación*. Este riesgo de obstrucción se concibe, entonces, como la eventualidad real y objetiva de que el imputado dificulte, interfiera, entorpezca, imposibilite o trate de entorpecer el avance de las diligencias o actos de investigación. De tal manera que el permanecer en libertad se transforme en un peligro para la investigación, pues existen riesgos razonables y una probabilidad, soportada en hechos o antecedentes precisos, de conductas comprobables que este hubiera realizado (Ortíz, 2013). El riesgo de obstaculización, pues, hace referencia a que la medida de aseguramiento sea necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia (Pedraza, 2008) o cuando se tiene fundamentos para considerar que:

El inculpado destruirá medios de prueba, los modificará, suprimirá, disimulará o falsificará, de que influirá de forma ilícita en coinculpados, testigos

o peritos, de que motivará a otros a tales conductas, y por ello amenazase el peligro de que la investigación de la verdad quedará dificultada (Gómez, 1985, p. 107).

El riesgo de no comparecencia.

Este fin se encuentra enunciado en nuestra legislación en el N° 3 del art. 308 del estatuto procesal penal y es desarrollado por el art. 312 *ibidem*. Cuando la medida de aseguramiento se solicita para salvaguardar este fin, ello se hace en virtud de la presencia de elementos específicos que llevan a concluir la probabilidad de que el imputado no tendrá voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena. Así, para poder tener indicadores objetivos de ello, el citado art. 312 del CPP establece aspectos muy precisos, como son: La gravedad y modalidad del hecho, y la pena establecida por ley; además, señala factores como la falta de arraigo en la comunidad, la gravedad del daño ocasionado y la actitud que el imputado asuma frente a éste. Circunstancias estas últimas de las cuales se pueda colegir, razonablemente, su falta de voluntad para someterse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.

El riesgo de no comparecencia implica entonces la necesidad del aseguramiento de la comparecencia del imputado para garantizar así el establecimiento de la verdad o la actuación de la ley penal (Maier, 1989).

El peligro para la comunidad o para la víctima.

Como ya se indicó este fin es el objeto de la presente investigación por cuanto carece de aceptación en los estándares internacionales, pues, como se ha insistido, estos solo aceptan como fines legítimos asegurar la comparecencia del procesado al juicio e impedir la obstaculización del procedimiento penal (Sent. 1/2/2006, CIDH, párr. 69). En nuestra legislación, este fin –denominado como peligro para la sociedad o para la víctima– encuentra su desarrollo en los arts. 310 y 311 del CPP.

Antecedentes.

Desde la expedición de la Ley 906 de 2004, el art. 308 había permanecido sin cambios en relación con las exigencias requeridas para imponer una medida de aseguramiento; sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 1760 de 2015 el legislador agregó un párrafo que hace más riguroso el cumplimiento de los mismos, con el siguiente tenor:

La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir (...) el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en *el futuro* se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, los fines constitucionales consagrados en la norma referida en su numeral 2° (CPP, art. 310), peligro para la seguridad de la sociedad o la víctima, desde su creación han tenido las modificaciones introducidas por las Leyes 1142 de 2007, 1453 de 2011 y 1760 de 2015, con la advertencia de que en esta última reforma –para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad– además de la gravedad y la modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez debe valorar las circunstancias que la norma enlista de manera taxativa.

Desde luego, con la expedición de Ley 906 de 2004 se creó un modelo de proceso penal acusatorio con tendencia adversarial lo cual trajo consigo que la figura de la detención preventiva y el peligro para la comunidad, comenzaran a tener unos cambios favorables plenamente compatibles con las posiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional. Sin embargo, tan solo dos años después de entrar en vigor el legislador –al aducir la voluntad de disminuir los efectos de la delincuencia que afecta a nuestro país, y en pro del populismo punitivo para hacerle frente al aumento desmedido de conductas rechazadas socialmente–, aspiró a encontrar soluciones a través del derecho penal.

Esto se ha pretendido realizar con la introducción de nuevos tipos penales, el incremento de las penas y a través de la imposición desmesurada de las medidas de aseguramiento. Todo ello, supuestamente, en pro de salvaguardar a la comunidad mediante una herramienta para incrementar la popularidad y el favoritismo durante las épocas electorales y, de paso, con la introducción del mensaje según el cual esta es la forma adecuada de resolver la problemática social. Lo anterior, en virtud de que en la sociedad actual el aumento de la sensación de riesgo precipita la imposición masiva de esta clase de medidas para generar en el colectivo social la percepción de seguridad que reclama (Beck, 2008), un requerimiento social cada vez mayor (Aponte, 2006).

Por ello, se modificó el inciso primero del art. 310 de la Ley 906 de 2004 a través de Ley 1142 de 2007 que se expidió con el objetivo de luchar contra la impunidad, combatir la criminalidad organizada y el terrorismo; además, incrementar la efectividad del procedimiento penal, la extinción del dominio y la responsabilidad penal de los adolescentes y, por supuesto, vincular a la comunidad en la prevención del delito. Así las cosas, no es de extrañar que en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 081 de 2006 Senado (Congreso de la República, 2006), se haya justificado el peligro para la comunidad como fin de la detención preventiva. Sin embargo, la realidad evidenció que esos cometidos no lograron cumplirse. Seguidamente, la Corte Constitucional (Sent. C-1198/2008, CConst.) propició la expedición de la Ley 1453 de 2011 en la que se establecen medidas para garantizar la seguridad ciudadana, pretendiendo mejorar la eficacia del sistema penal y, a su vez, reducir la inseguridad.

Es pertinente, entonces, tener en cuenta que la seguridad de la ciudadanía se constituyó en una de las temáticas que despertó mayor interés no solo en Colombia sino en la sociedad mundial, por lo cual es viable afirmar que la humanidad padecía de una desmedida sensación de inseguridad (Do Socorro, 2008) ocasionada –en gran medida– por la expansión del fenómeno delictivo (Silva, 2001). Por ello, el abordaje de esta problemática no podía ser desatendido y demandó la actuación de políticas públicas encaminadas a aminorar el flagelo de la delincuencia desde los distintos sectores de los poderes del Estado.

En consecuencia, el legislador modificó nuevamente el inciso primero del art. 310 del CPP, al ampliar los requisitos para su aplicación. Más adelante, en plan de reducir el hacinamiento existente en las cárceles –causado, justamente, por la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad– en aras de la protección a la comunidad, se promulgó la Ley 1760 de 2015 por medio de la cual se varió de nuevo el artículo en mención. Los autores de esta reforma tuvieron como motivación la aplicación estricta del principio de la presunción de inocencia, garantía en cuya virtud se prohíbe que alguien pueda ser encarcelado antes de que se haya proferido sentencia condenatoria definitiva en su contra. Así las cosas, solo de manera excepcional se permite que contra una persona se dicte una medida privativa de la libertad, siempre y cuando existan motivos fundados para suponer que el imputado representa un peligro futuro para la comunidad o la víctima, en cuanto puede volver a transgredir la ley penal; o porque existen razones para creer que afectará las pruebas; o, en fin, porque exista la posibilidad de que eludirá la acción de la justicia. De allí que, con la expedición de la Ley 1760 de 2015, se haya introducido un concepto de expectativa de acto como requisito para considerar que el peligro que el procesado represente para la sociedad ha de contemplarse hacia el futuro.

De ese modo, el legislador consideró que la calificación jurídica dada al presunto ilícito cometido no es determinante para inferir el peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima, pues el análisis de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de la prisión preventiva se debe hacer en atención al peligro que a futuro pueda representar el procesado.

La definición actual del fin denominado “peligro para la comunidad”.

En el ordenamiento jurídico este objetivo de la medida cautelar se encuentra descrito en los arts. 310 y 311 del CPP. Así las cosas, según el art. 310 *idem*, para considerar si la puesta en libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la sociedad –además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible– el juez debe evaluar las circuns-

tancias allí enunciadas. A su turno, respecto del peligro para la víctima el art. 311 establece que la seguridad de esta se encuentra en riesgo por la libertad del imputado cuando existan motivos fundados que permitan inferir que éste podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes.

Al respecto la Corte Constitucional (Sent. C-469/2016, CConst.) dilucidó las circunstancias para determinar si la libertad del imputado representa un verdadero peligro para la comunidad, al precisar que este fin debe salvaguardarse en aras de impedir la continuación de la actividad delictual. Así las cosas, el numeral 1º del art. 310 del CPP exige al juez con función de control de garantías efectuar un análisis acerca de si el imputado en libertad representa un peligro para la comunidad, por la eventualidad de que persista en la actividad delictiva. Con ello, se atribuyen a la medida de aseguramiento funciones preventivas y de defensa social. Situación, desde luego, rechazada por los estándares internacionales.

Aunado a ello, es plausible afirmar que en el imaginario de muchos fiscales así como en el de la comunidad en general subyace la idea según la cual si el indiciado no se encuentra privado de la libertad no se salvaguarda efectivamente a la sociedad frente a los peligros que este genera. Ello va de la mano con la errada concepción creada por los medios de comunicación, en virtud de la cual si la persona es objeto de una investigación penal es porque ya es responsable del delito que de manera presunta se le atribuye. Por tanto, es condenada social y mediáticamente antes de proferirse cualquier decisión judicial.

Los fines de la medida de aseguramiento conforme a los estándares internacionales de derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos.

Contrario a lo señalado en la legislación procesal penal, en los estándares internacionales de derechos humanos la medida de detención preventiva puede

adoptarse, únicamente, con el objeto de contrarrestar el riesgo concreto de obstaculización y el peligro concreto de fuga (Bacigalupo, 2007). Ello hace evidente la ausencia del fin objeto de estudio en estas normativas internacionales. Es así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, art. 5º, inc. 5º), establece que:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

A su turno, el sistema interamericano de derechos humanos a través de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte, ha señalado que la privación de la libertad como medida cautelar procede exclusivamente ante la existencia de riesgos procesales, es decir, peligro de fuga o de obstaculización de la investigación. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe 35/07, caso Peirano Basso *vs.* Uruguay) dijo que los únicos fines legítimos de la prisión provisional son aquellos que se sustentan en los riesgos que el imputado puede generar si intenta eludir el accionar de la justicia. En virtud de ello, se deben rechazar todos los demás esfuerzos por justificar la detención durante el proceso fundados en fines preventivos como el peligro que puede representar el imputado para la comunidad.

De igual modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha proferido abundante jurisprudencia mediante la cual, de manera progresiva, limita la detención preventiva restringiendo explícitamente su aplicación a partir de causas intrascendentes procesalmente y que respondan a propósitos asignados a la pena, como lo son la prevención especial o la general. Al respecto, en el caso López Álvarez *vs.* Honduras indicó que del contenido del art. 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se deriva un deber estatal de no restringir la libertad del procesado más allá de los límites estrictamente necesarios para garantizar que aquél no imposibilitará el desarrollo eficaz de las investigaciones ni se sustraerá de la acción de la justicia.

Así mismo, la Corte señaló que las características propias del presunto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, razón suficiente que justifique la prisión preventiva. Adicionalmente, que la detención preventiva es una medida cautelar, no punitiva, y que se quebranta la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando se priva de la libertad, durante un tiempo excesivo, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad penal no ha sido determinada, situación que equivale a anticipar la pena. En el mismo sentido, expresa:

En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia (22/12/2005, CIDH).

En similar forma, en otra decisión (Sent. 21/9/2006, CIDH) ese organismo reitera que, para cumplir las exigencias necesarias llamadas a limitar el derecho a la libertad personal, deben concurrir indicios suficientes que admitan presumir razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención cautelar sea inevitable para garantizar con ella, que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni evitará la acción de la justicia.

Igualmente, en otra decisión relevante (Sent. 12/11/1997, CIDH) insiste en el carácter cautelar de la detención preventiva, considerando que en el principio de presunción de inocencia está implícito el propósito de las garantías judiciales, al indicar la idea de que un individuo es inocente hasta que su responsabilidad sea demostrada. De lo consagrado en el art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se deriva el deber estatal de no privar de la libertad al procesado más allá de los límites estrictamente necesarios, para garantizar que no impedirá el avance eficaz de las investigaciones y que no rehusará la acción de la justicia, pues la detención preventiva es una medida cautelar, no punitiva.

Aunado a lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el documento aprobado en el 131° período ordinario de sesiones, nombrado “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, indicó que la restricción preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, debe someterse a los principios de presunción de inocencia, legalidad, necesidad y proporcionalidad, en la medida necesaria en una sociedad democrática, y que solo podrá ser procedente de acuerdo con los límites estrictamente requeridos para garantizar que no se imposibilitará el desarrollo eficiente de las investigaciones, ni se rehuirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente funde y acredite la existencia, en el caso concreto, de los respectivos requisitos.

De igual manera, en el informe presentado en el 146° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominado “Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas”, se resaltó que la jurisprudencia interamericana ha determinado que la detención preventiva únicamente puede observarse como una medida cautelar, que busca evitar la obstrucción de la justicia y resguardar la integridad de la prueba, estando prohibido su uso como pena anticipada. De lo anterior se extrae que la postura actualmente defendida por el sistema interamericano de derechos humanos es clara en rechazar que la prisión provisional pueda ser impuesta por causales de naturaleza punitiva, pues las únicas admisibles son el riesgo concreto de fuga y el peligro concreto de obstaculización lo que significa, por exclusión lógica, el rechazo del denominado peligro para la comunidad, previsto generalmente en la legislación latinoamericana.

Por su parte, el art. 9°.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, luego de resaltar que la detención preventiva debe ser la excepción, condiciona la libertad del indiciado al aseguramiento procesal del mismo para efectos de su comparecencia al proceso y, en su caso, para la ejecución de la sentencia; así pues, adiciona explícitamente el denominado peligro de fuga. De igual manera, en los principios aprobados por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, se establece en el párrafo 2.b que:

Solo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se tema que intentarán sustraerse o que cometerán otros delitos graves, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se las deja en libertad.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional española manifiesta que son fines legítimos y congruentes los siguientes: La sustracción de la acción de la justicia o riesgo de fuga, la obstaculización de la instrucción criminal y la reiteración delictiva. En esa misma línea de reflexión, el Tribunal Constitucional español considera fines ilegítimos los punitivos o de antelación de la pena, pues con la detención provisional no se puede procurar sancionar al imputado por el hecho que se le atribuye, pues ello se constituiría en una pena sin previo juicio firme de culpabilidad y sin celebrar un proceso con todas las garantías (Sent. 128/1995 TC).

En este mismo contexto, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia Penal (Reglas de Mallorca) determinan que las medidas que restringen la libertad tienen como fin, resguardar los fines del proceso, garantizar la presencia del indiciado y la consecución y conservación de las pruebas. En relación con las medidas que limitan derechos, establecen que prevalecerá siempre el principio de proporcionalidad.

La Doctrina.

Un amplio sector de tratadistas rechaza que a la detención preventiva se le asignen funciones de la pena. Situación que se vislumbra al ser impuesta con el objetivo de salvaguardar el citado fin de peligro para la comunidad. A pesar de que nuestra Constitución y la Ley expongan que los objetivos de la pena y las medidas de aseguramiento son diferentes y que, por tanto, pueden coexistir y no se pueden asemejar, lo cierto es que el legislador y la jurisprudencia nacional le han atribuido a esa medida cautelar fines de carácter punitivo como la prevención, la represión y la defensa social, contrariando el principio universal de la presunción de inocencia.

Sobre este particular, Ferrajoli (1995) resalta que desde Cesare Beccaria las únicas finalidades que justifican la prisión sin juicio y que, por tanto, se pueden considerar procesales y cautelares, son las del peligro de alteración de las pruebas y de fuga del imputado, conocidas doctrinalmente como peligro de obstaculización o de obstrucción y peligro de fuga, en desarrollo de los principios de aseguramiento de comparecencia del imputado y de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución.

Respecto de esos fines de carácter punitivo atribuidos a la detención preventiva, la doctrina internacional ha efectuado serios cuestionamientos. Por ejemplo, según Llobet (2009), en Latinoamérica se propende por el endurecimiento del sistema penal y hacia una mayor utilización de la prisión preventiva como una medida que se estima fundamental para la garantía de la seguridad de la ciudadanía, siendo el más importante instrumento de prevención general y de prevención especial del delito, reiterando que esta medida cautelar no puede constituir una pena anticipada. La presunción de inocencia impide, entonces, disponer medidas en anticipo de la pena, que en sus efectos equiparen a la pena privativa de libertad. Adicionalmente, el citado profesor, al referirse al art. 310 del CPP colombiano, afirma:

De esta manera, la causal de "peligro para la comunidad" establecido en el artículo 310, que equivale a lo que en doctrina y derecho comparado se ha conocido como peligro de reiteración delictiva, debe ser estimada como incompatible con la presunción de inocencia, ya que no tiene fines de carácter procesal, pues persigue la prevención especial negativa que corresponde a uno de los fines que se siguen a través de la pena privativa de la libertad, por lo que la detención preventiva en tal supuesto debe ser catalogada como una pena anticipada (Llobet, 2005, p. 361).

En igual sentido, Barona (2000) estima que la finalidad de peligro para la comunidad es rechazable aun cuando los tribunales la admitan, por cuanto hace que la medida de aseguramiento se comporte como pena y, además, porque no es posible tener como delito en sí mismo a la mera posibilidad de reincidir. A su turno, Moreno-Catena (2010, p. 31) también rechaza que la medida de aseguramiento pueda tener como fin legítimo la protección de la seguridad pública, calmar la alarma social o la sed de venganza colectiva,

pues ello contradice los fines a los que la medida cautelar está llamada; menos aún ha de servir para evitar la reincidencia delictiva, como quiera que eso implica partir de la presunción de culpabilidad del imputado.

Así, también, sobre el carácter punitivo de las medidas de aseguramiento, es plausible señalar que la detención preventiva es una pena anticipada sin juicio (Sandoval & Del Villar, 2013) calificada de esta forma desde el pensamiento ilustrado, cuando por virtud de las necesidades procesales, acabó siendo justificada (Ferrajoli, 1995). En ese mismo sentido, el profesor Zaffaroni (1986) expone:

En el análisis de las disposiciones concernientes a la encarcelación se observa claramente que la prisión preventiva tiende a responder a criterios de pena y no a los de una mera medida cautelar: Peligrosidad, alarma social, frecuencia del delito, clase de delito, etc. Esto revela que su función es punitiva aun en los textos legales. Aquí el propio discurso jurídico lo dice por mucho que la doctrina quiera disimularlo (p. 147).

El mismo Zaffaroni (1994, p. 4) en el prólogo a la obra de Domínguez, Virgolini y Annicchiarico, sostiene que la detención preventiva es la manifestación más clara de castigo frente a la llamada criminalidad convencional, la cual tiene una expresa función penal punitiva, por lo que el auto de prisión cautelar es en realidad, una sentencia condenatoria. Visto lo anterior, una detención preventiva se considera

Arbitraria e ilegal, cuando es practicada al margen de los motivos y formalidades que establece la ley, cuando se ejecuta sin observar las normas exigidas por la ley y cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención, es decir, cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley (Martín, Rodríguez y Guevara, 2006, p. 365).

Por el contrario, desde la óptica nacional, algunos autores sostienen que además de los fines procesales de las medidas de aseguramiento concurren los de protección social, según los cuales la sociedad no puede aceptar que el imputado no sea objeto de una respuesta inmediata frente a su conducta delictiva (Martínez, 2006). Así mismo, refieren que en beneficio de la investigación y de la justicia, y la efectividad de la pena, es indispensable que los

funcionarios antes de emitir sentencia condenatoria puedan adoptar ciertas medidas entre las que se encuentra la privación de la libertad del procesado (Bernal & Montealegre, 2004). Esta tesis es, desde luego, de anticipación de la pena, contraria a los principios del Estado constitucional y a los derechos humanos.

Quienes legitiman los fines de orden procesal para esta clase de medidas han logrado tener una mayor aceptación, al considerar a la detención preventiva un medio apto para evitar los peligros que el encausado despliega sobre el proceso penal, sosteniendo que ésta “se justifica como un medio indispensable para la defensa del derecho, esto es, como una medida imprescindible para asegurar el imperio de la ley penal” (Vélez, 1986, p. 479).

Expuesto lo anterior, no es aceptable asemejar los fines de la detención preventiva con los que tiene la pena, dado que esta última es un mal que establece el legislador para quien es declarado responsable de la comisión de un delito (Velásquez, 2009). Conforme a ello, puede concluirse que la detención preventiva se asimila erradamente al concepto de pena, pues es una medida cautelar que afecta el bien jurídico de la libertad y una figura bastante cuestionable que consagra el legislador, para ser impuesta de manera anticipada a aquel sospechoso de haber cometido un delito.

Pese a lo señalado, es importante insistir en que la imposición de la detención preventiva no puede asimilarse a la pena en su intensidad y aplicación. Al respecto, Sergi (2005, pp. 471 y ss.), se refiere al principio de inequivalencia entre la pena y la prisión preventiva, el cual implica que un imputado a quien le ha sido impuesta una prisión provisional, debe recibir un tratamiento disímil de aquel que ya ha sido condenado, impidiendo que la relación detención preventiva y sus fines sean similares a los de la institución de la pena. Así las cosas, la aplicación de esta figura debe tener en cuenta su naturaleza excepcional, la primacía del bien jurídico que restringe y un sistema penitenciario adecuado que aparte a los condenados de los detenidos sin condena (Saavedra, 1994, pp. 125 y ss.).

El fin de protección a la comunidad y los estándares internacionales.

Colombia aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a través de las Leyes 16 de 1972 y 74 de 1968, respectivamente. Sin embargo, es evidente que internamente se desestiman los criterios sobre los fines que justifican las medidas de aseguramiento dispuestos en estos estándares internacionales, los cuales son de obligatorio cumplimiento en el derecho doméstico. Lo anterior, de conformidad con la Constitución Política de 1991 (art. 93) y la Ley 906 de 2004 (CPP, art. 3), que hacen referencia a la prelación de los tratados internacionales. Acorde con lo hasta aquí expuesto, es plausible inferir que el fin de peligro para la comunidad y la víctima contraviene los tratados internacionales precitados, los cuales se entienden integrados a nuestra legislación por vía del bloque de constitucionalidad. Razón por la cual se hace necesario resolver el problema jurídico planteado, para no continuar vulnerando nuestra propia Constitución.

La disparidad entre el derecho interno y el internacional. Observaciones.

Para resolver el cuestionamiento propuesto en este trabajo se hace necesario reconocer que existe disparidad entre la legislación interna y lo señalado en los estándares internacionales en materia de derechos humanos referentes a la detención o prisión preventiva. Al respecto, se debe recordar que en la legislación procesal penal se dispone que las medidas cautelares pueden imponerse tanto para proteger unos fines procesales como para salvaguardar un fin sustantivo como lo es lograr la protección de la sociedad o la víctima. Por el contrario, los citados estándares internacionales insisten en que la prisión preventiva debe aplicarse excepcional y solo con el fin de resguardar el proceso, evitando el riesgo de fuga o la obstaculización de las investigaciones. Y, como corolario de la presunción de inocencia, no puede perseguir fines de prevención general ni especial.

Visto lo anterior, surge la inquietud en torno a si para imponer una detención preventiva debemos dar aplicabilidad a lo señalado en la legislación interna o a lo expuesto en los estándares internacionales respecto de los fines que se pretenden amparar. Para dar respuesta a esta cuestión es preciso tener en cuenta que la CN introdujo el concepto del bloque de constitucionalidad en el art 93; a su vez, el CPP señala que los operadores judiciales deben, al interpretar sus disposiciones, tener en cuenta como parámetro este compendio normativo.

Es así como el estatuto procesal penal aborda este concepto que ha sido desarrollado de manera amplia por la jurisprudencia constitucional colombiana y comparada, y que tiene relevancia no solo teórica sino también práctica. Por tanto, el bloque de constitucionalidad cumple una destacada función en el proceso penal toda vez que hace posible aplicar los estándares normativos del derecho internacional de los derechos humanos incorporándolos al ordenamiento de nuestro país, e incluso, exige interpretar los alcances del procedimiento penal a partir de las garantías fundamentales contenidas, no solo en la norma de normas, sino también en tratados de derechos humanos (Uprimny, 2005).

Ahora bien, si esta figura del bloque de constitucionalidad fuese efectivamente aplicada se constitucionalizaría el procedimiento penal, pues se cumpliría con el deber de analizar su articulado desde un enfoque de derechos humanos. Circunstancia que originaría un gran avance hacia un sistema penal más garantista. Sin embargo, pese a que toda la legislación internacional que reconoce derechos humanos y prohíbe su restricción, adquirió rango constitucional con la introducción del bloque de constitucionalidad, es de suyo evidente que esos impactos positivos aún son imperceptibles pues dichos estándares son poco conocidos y aplicados por los operadores judiciales locales.

El fundamento de la anterior afirmación radica en la cantidad excesiva de medidas de aseguramiento impuestas en aras de proteger a la comunidad, existiendo innumerables condenados sin juicio con el propósito de apaciguar

los efectos de la inseguridad ciudadana y de la desconfianza en la efectividad de la rama judicial (Granados, 2013). En la práctica nacional no se da aplicación de los preceptos contenidos en los estándares internacionales, pues la justicia ha desatendido tanto los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior evidencia que el derecho internacional, en el ámbito interno, es un derecho inaplicado por lo menos en este aspecto.

Así las cosas, a modo de respuesta al problema de investigación planteado, se puede afirmar que corresponde dar aplicación prevalente a los criterios consagrados en los estándares internacionales a través del bloque de constitucionalidad, por lo que consecuentemente y únicamente se deberían imponer en nuestro país medidas cautelares atendiendo a unos fines procesales. Es por demás evidente que entre nosotros no se da cumplimiento a los estándares definidos por el sistema interamericano de protección de derechos humanos en materia de prisión preventiva, generando violaciones al derecho, a la libertad de las personas que se ven afectadas con esta clase de medidas, so pretexto de proteger a la comunidad. Con todo, se hace necesario resaltar que por muchos factores, entre ellos la falta de autonomía judicial, los funcionarios se cohiben de alejarse de la legislación interna en la cual persiste la existencia de un fin de la medida de aseguramiento no procesal.

En relación con lo anterior los jueces enfrentan múltiples presiones, entre ellas el hecho de que la privación de libertad cautelar debe ir acompañada de celeridad, de tal forma que la controversia en torno a si se debe o imponer la medida de aseguramiento, debe decidirse en el menor tiempo posible. De ahí que no es una labor fácil para el operador judicial, quien en aras de cumplir con esa inmediatez puede errar en sus decisiones.

En este sentido Calamandrei (1996) advirtió que “este es uno de aquellos casos en el que la necesidad de hacer las cosas rápido, choca con la necesidad de hacerlas bien (p. 43)”. Otras coacciones provienen de las partes en los procesos, en especial de las víctimas, de la misma cúpula de la Fiscalía General de la Nación, del Consejo Superior de la Judicatura y las organizaciones

civiles, que pueden incidir en las decisiones del aparato judicial. Por ello, en la práctica se observa que algunas de las víctimas de las conductas punibles expresan su sed de venganza ejerciendo presión ante la fiscalía entidad que, a su vez, solicita las medidas de aseguramiento carcelarias, muchas veces sin cumplir la integridad de los requisitos, como lo es la existencia de un verdadero peligro para la comunidad para, de esta manera, evitar el reproche social y mediático. Conforme con ello, Molina (2012) afirma que “la protección de la víctima, previa al dictado de una sentencia condenatoria en contra de un autor determinado, debe estar bajo la responsabilidad del *sistema penal*, pero no del proceso penal como una finalidad de éste” (p. 53).

Otros focos de presión son los medios de comunicación, las investigaciones y procesos disciplinarios o penales a las que se ven expuestos ante una decisión que desatienda ese clamor de protección a la comunidad y a las víctimas del delito. Al respecto, bien se ha dicho:

El desbordado número de presos, la cárcel como megadepósito de seres humanos, el hacinamiento, la violencia intracarcelaria, son la mejor prueba del endurecimiento exagerado del sistema penal, que permite que magistrados, jueces y fiscales no sean sancionados cuando privan ilegalmente de la libertad, acusan o condenan sin pruebas suficientes, pero sí cuando disponen libertades, revocan detenciones, conceden domiciliarias o absuelven (Fernández, 2012).

Por otro lado, se debe tener en cuenta la incidencia en las decisiones judiciales que ocasiona la sociedad resentida con la ocurrencia de un delito, la cual se vuelve intransigente con la situación del probable responsable queriendo para éste la mayor inclemencia en la aplicación de las medidas cautelares (Londoño, 1983). En tal sentido, las medidas que buscan incrementar la eficacia del sistema penal en aras de disminuir los índices de inseguridad y satisfacer el clamor de justicia, no pueden ocasionar que con su imposición se afecten en forma arbitraria los derechos fundamentales de aquellos que eventualmente puedan verse implicados en un proceso penal. Así, es necesario armonizar la eficiencia en la persecución penal y las garantías fundamentales de los procesados.

Como colofón de lo expresado, es menester señalar que la detención preventiva no puede propender por los objetivos del derecho penal material, ni adjudicarse funciones preventivas que están reservadas a la pena (Guerrero, 2007), debiendo imponerse únicamente con finalidades de carácter procesal. De tal suerte, toda decisión judicial que imponga esa privación de la libertad con cualquier otra finalidad debe considerarse contraria a la Constitución (Jauchen, 2005).

Por último, debe reconocerse que en nuestro país se han generado acercamientos tenues a lo preceptuado en los estándares internacionales, con la expedición de las Leyes 1760 de 2015 y 1786 de 2016, y con lo planteado en las sentencias C-231 y C-469 de 2016, pues, pese a que la existencia del fin de protección a la comunidad subsiste en nuestra legislación, por lo menos se ha logrado moderar últimamente la imposición de medidas de aseguramiento con base en este criterio, dado que ahora debe analizarse bajo una órbita un poco más restringida, como lo es la existencia de un verdadero riesgo de reiteración delictiva.

Con lo expuesto, esta incursión académica no pretende plantear que se suprima la detención provisional en establecimiento carcelario, así sea claro que es la injerencia más lesiva en el ámbito de la libertad individual, pues su utilización se torna necesaria en ciertos casos para lograr una persecución penal eficaz. Por ello, es preciso ajustarla a los fines constitucionales procesales y a los estándares internacionales para que cuando se deba imponer se haga respetando las garantías; y ello sucederá cuando el instituto sea realmente la *ultima ratio*, armonizándolo con la presunción de inocencia (Cobo del Rosal, 2008).

Conclusiones

El presente trabajo aborda un tema central del derecho procesal penal como lo es la detención preventiva, cuyo ámbito de regulación interfiere en uno de los derechos más significativos para las personas, dado que en el

régimen de esta medida cautelar se pone en juego el Estado de derecho (Bovino, 2004), constituyendo este instituto uno de los problemas más relevantes del proceso penal (Andrés, 1996, pp. 13 y ss.). Por lo analizado, es válido concluir que en el tema de la procedencia de la detención preventiva se evidencia una notoria inconformidad entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los estándares internacionales vigentes en la materia. Como se expuso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de manera insistente, indican que la privación de la libertad preventiva únicamente procede por causales procesales, específicamente por riesgo de fuga y obstaculización de la justicia.

Por el contrario, la Corte Constitucional considera que la protección de la comunidad es una causal legítima para el decreto de una medida de aseguramiento como la prisión preventiva. Así las cosas, es necesario ajustar la jurisprudencia de la Corte Constitucional a lo dispuesto en los estándares internacionales vigentes en materia de prisión cautelar, y, en consecuencia, estimar que el análisis acerca de si la libertad del imputado representa un peligro para la sociedad no pueda ser una finalidad válida para decretarla.

También, se puede sostener que el peligro para la comunidad no es un fin justificado para imponer una medida cautelar porque, por un lado, no tiene aceptación en los estándares internacionales y, por otro, no responde a una necesidad de salvaguardar el proceso. Más bien constituye una forma de respuesta que brinda el Estado frente a las demandas de seguridad de la ciudadanía. Así, la prisión preventiva no debería proceder si tiene este objeto, por cuanto el propósito de evitar un peligro para la comunidad encuentra sustento en un fin punitivo y no cautelar. Por ello, debe entenderse que esta solo puede sustentarse en razones dirigidas a evitar trastornos o alteraciones que impidan sacar adelante el proceso o que imposibiliten el cumplimiento efectivo de la eventual condena, más nunca por razones de castigo.

Por lo anterior, es inadmisibles que desde las etapas preliminares del proceso penal se pueda privar de la libertad a una persona con fundamento en unos elementos materiales probatorios para, después, en la etapa de juicio oral, donde sí se practican pruebas, se arribe a la conclusión de que ese mismo individuo no era responsable y, por ende, que tampoco representaba un peligro para la seguridad de la sociedad (Ospina, 2015). En ese evento, como afirma Lascuráin (2009), se habría detenido lastimosamente por si acaso.

Así, pues, atendiendo al carácter procesal no punitivo de la medida de detención preventiva, es pertinente concluir que la imposición anticipada de la pena de prisión se da cuando estas medidas son impuestas desatendiendo los fines legítimos para los cuales fueron concebidas, situación que conlleva a una trasgresión de la presunción de inocencia.

También, obsérvese, el bloque de constitucionalidad constituye un instrumento para que el proceso penal permita consolidar un verdadero sistema eficaz y garantista, entendiéndolo desde una perspectiva humanizante. Ello, por supuesto, depende en gran parte de que los operadores judiciales traduzcan en decisiones concretas esos estándares abstractos de derechos humanos, en especial los jueces con función de control garantías y de conocimiento, porque a ellos les asiste esencialmente el deber de salvaguardar la efectividad de los derechos constitucionales en el proceso penal.

Es así como los operadores del sistema jurídico penal deben conocer los estándares internacionales, no siendo opcional su aplicación sino más bien una obligación de conformidad con lo establecido en el art. 3 del CPP, pues estos se constituyen en las fuentes jurídicas de mayor jerarquía en el ámbito del proceso penal, los cuales deben imponerse incluso frente a las normas jurídicas internas en caso de entrar en conflicto (Gómez, & Del Villar, 2014).

Así las cosas, la judicatura debe aproximarse a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y a la interpretación que de estos realizan los diferentes organismos internacionales, para materializar por fin en la práctica judicial interna, una real observancia a los derechos humanos e interpretar de manera armónica nuestra legislación, brindando a la sociedad,

condiciones jurídicas seguras, no en busca de respaldar políticas aisladas de los gobiernos de turno, sino enalteciendo el contenido axiológico de un estado constitucional social y democrático de derecho.

Por último, puede indicarse que la imposición general y excesiva de la detención preventiva para salvaguardar a la comunidad del peligro, es un problema arraigado en nuestro país; los informes presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos así lo ratifican cuando sostienen que la utilización generalizada de esta ocasiona uno de los inconvenientes más gravosos que afrontan los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en cuanto al respeto y a la protección de los derechos de las personas en prisión.

Además, frente a esta problemática se observa una falta de interés por parte de los estados de cara a materializar la implementación de verdaderas medidas que reduzcan el uso abusivo de esta figura cautelar, lo cual torna inaplazable realizar acciones para que la utilización de la detención provisional se realice de conformidad con su naturaleza excepcional disminuyendo, así, los altos índices de hacinamiento existentes. De esta manera, su imposición debe reducirse aplicando los estándares internacionales en la materia en aras de menguar los efectos perjudiciales de este mal endémico que afecta a nuestra administración de justicia penal (Cruz, 2012).

El objetivo de limitar la imposición de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, bajo la intención de salvaguardar ese fin no procesal del peligro para la comunidad, es un propósito que enfrenta varios obstáculos. Entre muchos otros cabe destacar los siguientes: a los funcionarios judiciales que deciden atemperarse a los estándares internacionales –al denegar en casos de especial gravedad medidas de aseguramiento con fundamento en ellos, cuando se ha constatado, por ejemplo, que el Estado, a través de la fiscalía, la policía judicial o la Policía Nacional, han desconocido sus contenidos esenciales– se les sanciona disciplinaria o penalmente como medio de presión. Por ello, se hace necesario la expedición de medidas legislativas, administrativas e institucionales que garanticen la

independencia, autonomía e imparcialidad de los servidores de la justicia que se encargan de adoptar decisiones referidas a la solicitud e imposición de las medidas de aseguramiento.

Referencias

- Andrés, P. (1996). Presunción de inocencia y prisión sin condena. *Cuadernos de Derecho Judicial* 18, 13-46.
- Aponte, A. D. (2006) *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Bogotá: Ed. Ibáñez.
- Aponte, A. D. (2008) *Captura y medidas de aseguramiento: El régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal en Colombia* (2ª ed.). Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Boinilla.
- Bacigalupo, E. (2007). *El Debido Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Barona, S. (2000). Prisión provisional: “solo” una medida cautelar (Reflexiones ante la doctrina del TEDH y del TC, en especial de la STC 46/2000, 17 de febrero). *Actualidad penal*, (42), 891-911.
- Beck, U. (2008). *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Barcelona: Ed. Paidós Ibérica S. A.
- Bernal, J. & Montealegre, E. (2004). *El Proceso Penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, t. I. Bogotá: Externado de Colombia.
- Bigliani, P. & Bovino, A. (2008). *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Bovino, A. (1998). *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Bovino, A. (2004). “*Contra la inocencia*”, *Justicia penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Caso López Álvarez vs. Honduras (2006, febrero 1). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Palamara Iribarne vs. Chile (2005, noviembre 22). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Servellón García vs. Honduras (2006, septiembre 21). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Suárez Rosero vs. Ecuador (1997, noviembre 12). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Calamandrei, P. (1996). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: El Foro.
- Cobo del Rosal, M. (2008). *Tratado de Derecho procesal penal español*. Madrid: Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas*. Informe presentado en el 146° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones. Washington. <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Principiosybuenaspractic.htm>
- Congreso de la República de Colombia. (2006). *Proyecto de Ley 081 de 2006 Senado. Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana* (Gaceta del Congreso No.) [Exposición de motivos]. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Constitución Política (1991, julio 6). Asamblea Nacional Constituyente [Colombia]. *Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, noviembre 22) [Pacto de San José]. Organización de los Estados Americanos.
- Cruz, L. F. (2012). Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. (95)33, 69-100.
- De Lamo, J., Escudero J., Robledo, A. y Frigola, J. (2000). *El proceso penal*. Barcelona: Bosch.
- Do Socorro, M. (2008). *Aspectos político-criminales de la seguridad ciudadana en España y Brasil. Reflexiones comparadas*, (Tesis doctoral). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Duce, M., Fuentes, C. y Riego, C. (2009). *La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva*. Santiago de Chile: Ed. Centro de Estudios de Justicia de las Américas - CEJA.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Fernández, W. (30 de octubre de 2012). Populismo Punitivo. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/penal/populismo-punitivo>
- Gómez, J. L. (1985). *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch.
- Gómez, C. A. & Del Villar, D. D. (2014). *Estándares Internacionales Vinculantes que rigen la Detención Preventiva*, Bogotá: Defensoría del Pueblo.

- Granados, J. (2013). El principio de la excepcionalidad de la prisión preventiva y su aplicación práctica en Colombia. *Revista de Derecho Penal contemporáneo*. (45), 33-67.
- Guerrero, O. (2007). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Hassemer, W. (1998). *Crítica al Derecho Penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento, límites a la prisión preventiva*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.
- Informe No. 35 (2007, mayo 1). Informe de fondo [Caso 12.553]. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Jauchen, E. (2005). *Derechos del Imputado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Lascuráin, J. A. (2009). Prisión provisional mínima. M. Costa, (coord.), *Estudios en homenaje al profesor Dr. Jorge De Figueiredo Días* (pp. 897-922). Coímbra: Universidad de Coímbra.
- Ley 599 (2000, julio 24) [CP]. Por la cual se expide el Código Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, agosto 31) [CPP]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 45.658 de 31 de agosto de 2004*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 1142 (2007, junio 28). Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 46.673 de 28 de junio de 2007*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 1453 (2011, junio 24). Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Congreso de la República [Colombia]. *Diario oficial No. 48.110 de 24 de junio de 2011*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 1760 (2015, julio 6). Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Congreso de la República [Colombia]. *Diario oficial No. 49.565 de 6 de julio de 2015*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 1786 (2016, julio 1). Por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015. Congreso de la República [Colombia]. *Diario oficial No. 49.921 de 1 de julio de 2016*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Londoño, H. (1983). *De la captura a la excarcelación* (2ª ed.). Bogotá: Temis.

- Llobet, J. (2005). Presunción de Inocencia y proporcionalidad de la detención preventiva en el nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano. F. Velásquez, F. *Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana, libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez* (pp. 355-372). Bogotá: Editorial Temis.
- Llobet, J. (2009) Prisión Preventiva, Presunción de Inocencia y Proporcionalidad en el Código Procesal Modelo para Iberoamérica de 1988. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*. 1, 161-220.
- Maier, J. (1989). *Derecho Procesal Penal argentino*, vol. 2. Buenos Aires: Hammurabi.
- Martin, C., Rodríguez, D. y Guevara, J. (2006). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México D. F.: Universidad Iberoamericana A. C., Distribuciones Fontamara S. A.
- Martínez, G. (2006). *Procedimiento Penal colombiano*. Bogotá: Temis.
- Molina, R. (2012). *La conformidad en el proceso penal. Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana*. Bogotá: Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad de los Andes, Grupo Editorial Ibáñez.
- Moreno, V. (2010). La garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal. *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales, Cuadernos Penales José María Lidón* 7, 13-54.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1990). *VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*. Párrafo 2.b. La Habana: Autor.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1992). *Proyecto de Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia Penal [Reglas de Mallorca]*. Palma de Mallorca: Autor.
- Ortíz, M. H. (2013, noviembre 17). *La Prisión Preventiva*. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/nuevoprocesopenal/2013/11/17/la-prision-preventiva/>
- Ospina, G. (2015). *La inconstitucionalidad de la detención preventiva*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, diciembre 16) [Pacto de Nueva York]. Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Pedraza, M. A. (2008). *La detención preventiva en el sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Prieto, A. (2006). *Régimen de Libertad en el Sistema Acusatorio Colombiano (Ley 906 de 2004) Lectura constitucional*, Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Saavedra, E. (1994). *La detención preventiva y su crisis: perspectiva procesal y penitenciaria*, *Derecho & Sociedad*, (8-9), 125-146.

- Sandoval, J. & Del Villar, D. D. (2013). *Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia-Ley 906 de 2004*. Colección Jurídica. Bogotá: Universidad del Norte y Grupo Editorial Ibáñez.
- Sanguiné, O. (2003). *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sentencia C-469 (2016, agosto 31) Demanda de Inconstitucionalidad [Expediente D-11214]. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-1198 (2008, diciembre 4) Demanda de Inconstitucionalidad [Expediente D-7287]. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia STP17679 (2015, diciembre 16). Recurso de Casación [Radicado No. 83287]. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión De Tutelas [Colombia].
- Sentencia C-231 (2016, mayo 11) Demanda de Inconstitucionalidad [Expediente D-11022]. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia 128 (1995, noviembre 6). Recurso de Amparo. Tribunal Constitucional Español. Tribunal Constitucional de España [España].
- Sergi, N. (2005). Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. D. Baigún, *Estudios sobre la Justicia Penal: Libro homenaje al profesor Julio B. Maier* (pp. 471-487). Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
- Silva, J. M. (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.
- Tisnés, J. S. (2011). Principio de inocencia y medida de aseguramiento privativa de la libertad en Colombia (Un estado constitucional de derecho). *Revista Ratio Juris* (6)13, 59-72.
- Uprimny, R. (2005). *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Uprimny, R. (1 de agosto de 2011). *Los excesos en la detención preventiva*. El Espectador. <https://www.elespectador.com/opinion/los-excesos-en-la-detencion-preventiva-columna-288722>.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte general*. Bogotá: Librería jurídica Comlibros.
- Vélez, A. (1986). *Derecho Procesal Penal*, t. II. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Zaffaroni, E. R. (1986). *Sistema Penal y Derechos Humanos en América Latina: documento final del programa de investigación. Informe final, Volumen 2*. Buenos Aires: Depalma.

Zaffaroni, E. R. (1994). Prólogo. Domínguez, Virgolini & Annicchiarico (eds.). *El derecho a la libertad en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Némesis.

Zepeda, G. (2010) *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*. México D. F.: Open Society Justice Initiative.

Los acuerdos: Una institución con identidad propia *

*Aura Nubia Martínez Patiño***

Resumen: Dentro de las propuestas innovadoras implantadas con la puesta en marcha de la Ley 906 de 2004, mediante la cual se inició la aplicación del sistema penal acusatorio en nuestro país, encontramos la institución de los acuerdos y las negociaciones encaminados a desarrollar uno de los objetivos trazados desde la reforma constitucional, esto es, la descongestión de los asuntos penales. Desde que comenzó su aplicación, en el año 2005, ha sido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en armonía con las decisiones de la Corte Constitucional, la que les ha marcado los caminos a los funcionarios judiciales para hacer efectiva la adaptación de esta herramienta procesal en nuestra cultura jurídica. Este trabajo examina los alcances de esos desarrollos.

Palabras claves: Procedimiento penal, acuerdos, análisis de precedentes, principio de legalidad.

Abstract: As part of the innovative proposals implemented with the entry into force of the Law 906/04 through which the application of the accusatory criminal system in our country began, there is the establishment of Agreements and Negotiations, aimed at developing one of the objectives outlined as early as the constitutional reform, which is alleviating the congestion of criminal matters. Throughout its implementation since 2005, it has been the Criminal Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice alongside the decisions of the Constitutional Court that have marked the paths to be followed by judicial officials in order to carry out an effective adaptation of this procedural tool in our legal culture. This paper examines the scope of these developments.

* Artículo de reflexión presentado para optar al título de maestro en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia); la dirección estuvo a cargo del Profesor Ricardo Molina López.

** Abogada, especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y en Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Correo de contacto: aurubia@hotmail.com.

Keywords: Legal procedure, plea bargaining, precedent analysis, principle of legality.

Introducción

A través del presente estudio se examina el alcance de la jurisprudencia nacional emitida en desarrollo de la institución de los acuerdos y las negociaciones, a la luz del Código de Procedimiento Penal (L. 906/2004), mediante la cual se dijo adoptar el sistema penal acusatorio en Colombia. Teniendo en cuenta la novedad que representó y representa en nuestra cultura dicha consagración legal, aunada a las ambigüedades que se aprecian en las normas procesales penales que los consagran, se precisa efectuar un análisis que responda al siguiente cuestionamiento: ¿cuál es el aporte de la jurisprudencia de las altas cortes (Constitucional y Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia) para la implantación, fortalecimiento y consolidación de la institución de los acuerdos y las negociaciones en el ámbito del nuevo sistema penal oral acusatorio en Colombia a partir del año 2005?

El objetivo general de este estudio es analizar los diferentes pronunciamientos de esos organismos en relación con los acuerdos (que la ley procesal penal llama como “preacuerdos”), para establecer en qué medida han contribuido a diseñar y delimitar los ámbitos de aplicación de esta figura como uno de los ejes de resolución de las causas penales. Y, como objetivos específicos, se plantean: Revisar teóricamente la institución reseñada; describir y analizar la evolución de la temática a partir de la implantación escalonada del sistema procesal acusatorio desde el año 2005; e identificar y describir las etapas vividas durante estos quince años de puesta en marcha de este nuevo esquema procesal penal. De acuerdo con lo anterior, la hipótesis planteada busca establecer por qué la jurisprudencia incide en la aplicación de la figura de los acuerdos y las negociaciones en la actividad de los administradores de justicia penal y cuáles son las características que identifican y definen esta herramienta.

Por tratarse de un análisis de naturaleza descriptivo analítica y conforme a los objetivos planteados, se utilizan como herramientas metodológicas tanto la recolección y análisis documental de diversas fuentes legales como los pronunciamientos de las cortes, Constitucional y Suprema de Justicia, y, asimismo, trabajos académicos, libros, informes institucionales y documentos consultados en internet. Este tratamiento documental fue el método para identificar, localizar y extraer de una forma analítica la información que se traduce en el diseño y alcance del objetivo general.

Para desarrollar el tema, se parte de las modificaciones que se hicieron a la Constitución Política de 1991 y al Código de Procedimiento Penal (CPP); para ello se analizan los objetivos base de las reformas y su desarrollo desde 2005. Posteriormente, se aborda el instituto de los acuerdos y negociaciones inserto en el estatuto procedimental penal, a cuyo efecto se examinan las posiciones sobre la justicia penal premial, las finalidades de los acuerdos, los tipos de preacuerdos, las prohibiciones y las limitaciones que rigen esta clase de negocios jurídicos.

Luego se abordan las tres etapas de control de los acuerdos que ha desarrollado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional, perfilados de cara a viabilizar un marco regulatorio adecuado tanto a los parámetros legales como a los derechos y garantías fundamentales de partes e intervinientes, en aras de propiciar una activa injerencia de los procesados en aquellos asuntos que los afectan y de la prevalencia de un orden justo, que, además, involucre a todos los actores del proceso penal.

El marco normativo

La Constitución Nacional.

Al cumplirse los quince años de la puesta en marcha del llamado sistema penal acusatorio en Colombia, resulta necesario efectuar una revisión de los

cambios realizados a partir de su introducción, máxime si quizás se trata de una de las reformas más trascendentales adoptadas por el país en las últimas décadas y uno de los esfuerzos de más largo aliento emprendidos por las entidades y la academia para realizar un ajuste estructural en la justicia (CEJ, 2010, p. 19).

El punto de partida de dichos cambios se enfocó en modificar la Carta Política de 1991, toda vez que la idea de aplicar un sistema acusatorio en el ámbito penal no era extraña a nuestra cultura. En efecto, desde 1979 se habían lanzado diferentes propuestas para poner en funcionamiento un proceso de corte adversarial (Granados, 2005, pp. 11-71); por ello, con base en el Acto Legislativo N° 1 de 1979, el Congreso otorgó facultades extraordinarias al presidente de la República, a través de la Ley 6 de ese mismo año, y autorizó al Gobierno para expedir un nuevo estatuto procesal penal en el que se planteaba, además, la creación de la Fiscalía General de la Nación. Finalmente, se expidió una normatividad que contenía un nuevo Código de Procedimiento Penal (D. 181/1981) que fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia que, para aquella época, era la guardiana del orden constitucional.

La expedición en el año 1991 de la entonces nueva Constitución Política significó un importante giro en la estructura judicial con la creación de la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y, desde luego, la Fiscalía General de la Nación. Esta última nació en el ámbito penal como una respuesta a los embates del terrorismo desatado por el narcotráfico y otras formas de criminalidad organizada que desde entonces se venían incubando, gracias, en parte, a los incipientes resultados de la justicia penal y a la falta de garantías de derechos fundamentales para los procesados (Cancino, 2002, pp. 469-471). A partir de allí, debe recordarse, se habla de la “constitucionalización del derecho penal” (Bernal & Montealegre, 2004, p. 113) porque se consagran los derechos fundamentales y se conjugan verdaderas garantías penales y procesales para los involucrados en la actuación penal, tales como el derecho a la igualdad, la intimidad, el debido proceso y la libertad individual, entre otros.

El nacimiento de la Fiscalía General de la Nación aparejó la adopción de un sistema mixto con tendencia acusatoria al otorgar la función de investigar, por primera vez en nuestra historia procesal penal, a un “estamento diferente a los jueces, como había sido hasta entonces” (Bernal, 2005, p. 48); con la expedición de un nuevo Código de Procedimiento Penal (D. 2700/1991) comenzó formalmente el tránsito a ese nuevo sistema mixto. Luego, para el año 2000, se gestó una importante reforma a la estructura penal “ante la falta de un adecuado balance entre la eficacia del sistema y su necesario devenir garantista”, que respondía a planteamientos desde la academia y a la percepción ciudadana (Granados, 1999, p. 3). Así las cosas, ese año fueron promulgadas sendas leyes en materia sustantiva (L. 599/2000) y procesal (L. 600/2000).

Poco tiempo después, ante la idea propuesta por diferentes entidades (academia, ONGs) y a instancias del fiscal general de la época, Luis Camilo Osorio Isaza, a principios del año 2003 se presentó y comenzó el trámite ante el Congreso de la República, del proyecto de modificación a la Constitución Política que se convertiría en el Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre del mismo año (Ramírez, 2005, p. 5), que culminó con la modificación de los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Nacional. No obstante, para algunos ese acto legislativo

[...] no entraña simplemente una remodelación de añejas estructuras; marca el fin del imperio inquisitivo y el advenimiento de un programa de tendencia adversarial, que, de ser bien entendido y mejor aplicado, podrá hacer realidad, desde la perspectiva penal, el Estado social de derecho (Fernández, 2003, p. 20).

Esta modificación resultaba necesaria para irradiar, desde la Carta Política, los ambiciosos cambios que se requerían para aterrizar el sistema penal acusatorio; mientras que el artículo 116 incorporó la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, el artículo 250 modificó las funciones de la Fiscalía General de la Nación y el artículo 251, a su turno, transformó las tareas a cargo del fiscal general.

Los cambios adoptados a través del artículo 250 superior pueden resumirse en los siguientes postulados: Juicio oral como núcleo central del procedimiento penal, separación entre las funciones de investigar y de juzgar, obligatoriedad de la fiscalía para llevar a cabo el ejercicio de la acción penal (excepto si se aplica el principio de oportunidad), sujeción al juez de control de garantías frente a las injerencias a los derechos fundamentales de los ciudadanos, adecuación y garantía de la efectiva atención a víctimas y, en fin, aumento de la eficiencia del sistema penal.

Desde luego, al examinar en detalle los numerales que integran la norma constitucional contenida en el artículo 250, no se observa que el constituyente derivado haya incorporado los acuerdos y las negociaciones dentro del marco aludido; de hecho, se llegó a ellos a través de la expresión contemplada en el artículo 2 de la Constitución Política que refiere como uno de los fines del Estado la “participación del imputado en la definición de su caso”. A partir de allí es que se habla de justicia penal consensual o de justicia penal negociada (Ramírez, 2005, p. 299); advirtiendo que ese artículo 2º superior, entre otros aspectos, consagra como fines del Estado “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan” (Constitución Política de 1991, art. 2). Aspecto este refrendado en decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Sent. 14/12/2005, Rad.: 21347, CSJ; y Sent. 1/6/2006, Rad.: 24764, CSJ).

Así las cosas, la reforma constitucional dio luz a un nuevo esquema procedimental penal, que no solo llevó al advenimiento del sistema acusatorio sino a la aparición en nuestro medio de los jueces de control de garantías (Guerrero, 2004), en lo que se ha visto el influjo de las enseñanzas del proceso penal de los Estados Unidos en momentos en que no pocas naciones latinoamericanas (como México o Colombia, solo para citar solo algunas) a cambio de sus antiguos modelos inquisitivos, ha instaurado esquemas procesales acusatorios similares en mayor o menor medida al que ha construido la historia de ese país norteamericano (Muñoz, 2006, p. XV).

Por ello se ha dicho que, actualmente, vivimos en una sociedad del riesgo (Gómez-Colomer, 2010) y desde una óptica jurídica se desprenden complejas

problemáticas que implican nuevas formas de enfrentar la criminalidad; por lo mismo, se requieren respuestas oportunas. De allí que en el ámbito penal surjan los delitos de peligro (bien pueden ser abstractos o concretos), mientras que frente al proceso penal se adapta, en diferentes latitudes, el sistema adversarial anglosajón todo lo cual conlleva nuevas reinterpretaciones para dar un “cauce adecuado” a tales realidades. Entre las dificultades que se avizoran, estima el autor, está el antagonismo de los principios de legalidad y necesidad *vs.* los de discrecionalidad y oportunidad.

Sin duda alguna, en la reforma al sistema de procedimiento penal coincidieron las aspiraciones de amplios sectores sociales, políticos y jurídicos de nuestro país, más el apoyo de agencias de cooperación internacional (Sánchez, 2016), para replantear el rol de la fiscalía y asignarle el ejercicio de la acción penal frente a aquellos hechos que revistan las particularidades de delito (principio de legalidad). Así, la persecución penal solo puede interrumpirse en los casos que se establezcan legalmente por virtud del principio de oportunidad (discrecionalidad reglada), que debe contar con el aval del juez de control de garantías (CN, art. 250).

El Código de Procedimiento Penal.

Con la expedición de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004 se inaugura, procesalmente, la era del sistema penal acusatorio cuya entrada en vigencia tuvo lugar de forma escalonada entre los años 2005 y 2008 en los diferentes departamentos. Sus objetivos, entre otros, fueron aumentar la eficiencia y eficacia del sistema penal como “una respuesta a los resultados negativos de los sistemas procesales penales que lo antecedieron” (CEJ, 2010, p. 29), además de luchar contra la criminalidad grave y organizada, hacer más garantista el sistema penal, garantizar a las víctimas su atención adecuada y, agréguese, mejorar la confianza ciudadana en el sistema acusatorio.

En ese orden de ideas, y en desarrollo de este estudio, se advierte que dentro del esquema diseñado por el legislador (que muy bien explica la propia fiscalía: Manual, 2008, pp. 225 y ss.) coexisten varios institutos que confor-

man un abanico de posibilidades para que los procesados accedan a la denominada “justicia premial”, entre ellos: 1. Principio de oportunidad (artículos 331 a 334). 2. Aceptación de cargos (o allanamiento) prevista en el artículo 288, numeral 3º, con expresa remisión normativa al artículo 351, que alude a las rebajas fijadas según el momento procesal en que se produzca esta manifestación unilateral del procesado. 3. Acuerdos y negociaciones (artículos 348 a 354). 4. Manifestaciones de culpabilidad acordadas que se encuentran en el artículo 369 del estatuto procedimental. Ahora bien, la reglamentación de los acuerdos (mal llamados “preacuerdos”) y negociaciones se ubica, como ya se dijo, entre los artículos 348 a 354; sin embargo, en los principios rectores de este código, artículo 10º, inciso 4º, el legislador también alude a acuerdos o estipulaciones sobre aspectos en los que no haya “controversia sustantiva” entre las partes, de lo que se infiere que las partes e intervinientes (defensa, fiscalía, víctimas y ministerio público) pueden lograr consensos sobre otros aspectos que tengan a bien, obviamente con el aval del juez de control de garantías o el de conocimiento, según el ámbito donde ellas se plasmen, siempre y cuando no se vulneren derechos y garantías fundamentales.

Además, en el artículo 369 está prevista la posibilidad de realizar manifestaciones de culpabilidad acordadas, que se hallan al inicio del capítulo que estructura el juicio oral. Aspecto que da pie a varias posibles interpretaciones; en este escenario, dichas manifestaciones podrían darse al inicio, en desarrollo o antes del alegato final del juicio oral, en cuyo caso el aspecto relevante gira en torno a la cantidad de rebaja de pena a la cual se hace acreedor quien hace el respectivo reconocimiento. Más adelante se vuelve sobre este asunto.

Retomando el análisis de las modalidades de terminación anormal del proceso, indudablemente estas representan las formas de justicia premial, entendida ésta como una contraprestación que el Estado otorga al infractor de un delito a cambio de obtener una colaboración, bien sea renunciando al juicio oral mediante la aceptación unilateral (allanamiento a cargos) o en la modalidad que en este estudio se analiza (por consenso o acuerdo entre las partes). Desde luego, bien ha dicho la doctrina que este evento es una parte de las “indulgencias” que en materia penal puede prestar el Estado al sujeto

pasivo de la acción penal, por la colaboración que apunte a prevenir delitos, desarticular organizaciones criminales y, desde luego, lograr por esa vía condenas (Mestre, 2014, p. 64).

Desde luego, para algún sector doctrinario esta figura de los acuerdos es producto de la disposición del objeto del proceso penal, por cuanto el artículo 250 constitucional contempla la aplicación del principio de oportunidad en virtud del cual la fiscalía puede disponer en su totalidad de la acción penal (por interrupción, suspensión o renuncia) lo que, a su vez, habilita la facultad consensuada bajo el entendido de que quien puede lo más puede lo menos (Gómez-Pavajeau, 2010); no obstante, para otros expositores la conformidad en el proceso penal colombiano surge “bajo las enseñanzas e influencias procedentes de los EE. UU., donde todo lo que tenga que ver con la persecución penal es absolutamente disponible” (Molina, 2012a, p. 248).

En cualquier caso, parece atinado afirmar que a partir de esta consagración legal se abre un componente importante de la denominada “justicia consensuada”, “en desarrollo de una política criminal y que, al igual que la conciliación y los allanamientos, se encamina a dar solución a conflictos que derivan de la comisión de conductas punibles” (Saray & Uribe, 2017, p. 14); es decir, que las partes –en este caso el órgano de persecución penal (fiscalía) y el imputado o acusado–, pueden llegar a acuerdos o consensos encaminados a dirimir el asunto de objeto de controversia penal.

Por supuesto, se debe decir que para algunos estudiosos nacionales esta temática del acuerdo o consenso representa una alteración del cauce constitucional, pues se considera que a través de estos mecanismos de terminación anticipada se privatiza el proceso con la implementación del nuevo sistema; por ello se sostiene que se desconocen valores, principios y garantías que inspiran un verdadero proceso penal democrático, por lo cual se contrarían las normas superiores que no los legitiman “ni por asomo” (Velásquez, 2010, p. 13).

Desde luego, la cara utilitarista e inquisitiva de la figura se evidencia cuando por boca de la doctrina se estima que –al confrontar los dos esquemas

de enjuiciamiento criminal (inquisitivo y acusatorio)–, surge una dicotomía que entraña paradojas porque si bien el sistema penal de corte acusatorio propio de la tradición estadounidense aplicado en los últimos tiempos en Latinoamérica implica la utilización de mecanismos de negociación que abrevian el procedimiento, en las entrañas se advierte el germen de lo inquisitivo “porque constituyen un mecanismo para obtener admisiones de culpabilidad de modo coercitivo” (Langer, 2001, p. 97).

Y ello no es de extrañar porque también se ha advertido que la introducción de estos mecanismos solo es posible en el contexto de un derecho penal cuyo desarrollo supone el cumplimiento o el seguimiento de directrices político-criminales internacionales, transnacionales o macrorregionales, “diseñadas en algunos casos por órganos multilaterales y en otros Estados nacionales hegemónicos (EE. UU., Plan Colombia)” (Posada, 2009, p. 13); mientras que para otros, de cara al sistema estadounidense, se dice que su introducción da lugar a un sistema de justicia no contradictorio, administrativo, antes que un modelo de partes idealizado (Lynch, 1998).

Ahora bien, de la lectura de las normas comprensivas de este instituto (de los acuerdos y las negociaciones) se observa que no se incorpora a la víctima en la fase de negociación, verificación o aceptación por el juez, pese a que uno de los objetivos de la reforma se encaminaba a la oportuna y adecuada atención a aquellas, por lo que desde la inicial revisión constitucional a dicha normatividad, se advirtió que dentro de la misión de los jueces, aparte de dispensar justicia material, está el de actuar como custodios del respeto a los derechos del procesado y de la víctima, para que esta conozca la verdad, acceda a la administración de justicia, sea reparada integralmente y, agréguese, pueda invocar en un momento dado medidas de protección (Sent. C-591/2005, CConst.). Por ello, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se apuntó a una férrea defensa y efectiva protección de los derechos de las víctimas, al intervenir profundamente a través de sus decisiones para incluirlas en aquellos asuntos de directo o indirecto perjuicio (Sents. C-979/2005; C-1154/2005; C-454/06, C-209/2007 y C-516/2007, CConst.).

No obstante, algunos piensan que las disposiciones de la Ley 906 frente a las víctimas:

[...] no pasan de ser meras formulaciones con las que se pretende dar apariencia de que el legislador fue respetuoso de los mandatos constitucionales y de la jurisprudencia constitucional que desde hace varios años ha venido haciendo énfasis en la importancia y supremacía de los derechos de las víctimas (Gaviria, 2008, p. 25).

Incluso, se añade que no resulta fácil definir ese estatus de víctima derivado de que la Corte Constitucional lo califica de interviniente especial porque no ostenta la calidad de parte (Gaviria, 2008).

En conclusión, pues, la Ley 906 de 2004 trajo consigo nuevas propuestas en el ámbito de justicia premial, lo que significó un cambio en los paradigmas que venían desarrollándose; principalmente, la novedad se advirtió en la figura de los acuerdos y las negociaciones las cuales permiten, en pie de igualdad, que el representante del órgano de persecución penal (delegado fiscal) negocie con el procesado, y, conforme a la normatividad, en torno a aquellos aspectos que pueden ser objeto de consenso para arribar a una solución mancomunada, sin marginar a la víctima como uno de los protagonistas principales de la negociación que se realice.

Los acuerdos y las negociaciones

Transcurrido un tiempo prudencial de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, debe decirse que la utilización de este mecanismo ha aumentado y hoy se puede afirmar que, entre los años 2008 y 2014, se observa un aumento de casi el doble en el número de las sentencias condenatorias por acuerdo o negociación (CEJ (2015)). Así las cosas, una conclusión parcial sobre el desempeño de dicha herramienta es que la aceptación de este mecanismo consolida uno de los objetivos planteados por el legislador: hacer más eficiente el sistema.

Ahora bien, dentro del abanico de posibilidades con que cuenta el imputado con miras a solucionar su situación penal, aparte de enfrentar el juicio oral, están los ya mencionados acuerdos, el principio de oportunidad y otros. Además, están insertas en la norma la conciliación y la mediación, esta última consagrada en el artículo 518 de la Ley 906, pero aún no desarrollada dentro de un marco legal adicional ni mucho menos implementada por la fiscalía como órganos se desprende al estudiar los manuales de esta entidad. Y esa apatía permite afirmar que su incorporación en la ley obedeció más a factores de conveniencia que a un verdadero propósito de reparar a las víctimas por el daño ocasionado con el delito o para reconstruir el tejido social (Lobo, 2016).

Es más, frente a la utilización del principio de oportunidad (L. 906/2004, arts. 324 y ss.) debe decirse que pese a las expectativas para su efectiva aplicación con miras a descongestionar el sistema, su baja utilización ha causado preocupación; y esta deficiencia se atribuye, entre otras cosas, a un conjunto de factores que apuntan no solo a los complicados trámites legales sino también al desaprovechamiento de los operadores judiciales, especialmente en la fiscalía, junto con la ausencia de una política criminal que consolide esta herramienta (CEJ, 2015).

Ahora bien, como se recordará, el Código de Procedimiento Penal (L. 906/2004, arts. 348 a 354) sienta las bases que permiten al órgano de persecución penal arribar a consensos con la defensa; sin embargo, la justicia negociada implica, entre otros, serios inconvenientes frente al principio de legalidad, a la presunción de inocencia, al *in dubio pro reo* y a la carga de la prueba (Guerrero, 2007), aunque se debe recordar la inclinación internacional a “aceptar las modalidades de terminación anticipada del proceso por la vía negociada” (Guerrero, 2007, p. 280).

Entre los derechos de los imputados, y aun desde antes de la vinculación formal al proceso penal, se cuenta el poder optar de manera libre y voluntaria, debidamente asesorados por el defensor –bien sea de confianza o público– por activar el instituto de los acuerdos y negociaciones (Sánchez, 2016,

p. 32). Para la defensa, significa reconocer la incursión en las conductas por las cuales la persona ha sido vinculada a la actuación, y la fiscalía no está en la obligación de descubrir el material probatorio con el que cuenta (Sánchez (2016, p. 33); por supuesto, esto puede generar riesgos por anticiparse a la aceptación consensuada sin conocer realmente cuál es el arsenal probatorio con que cuenta la fiscalía.

Pero la introducción de este instituto no ha sido fácil. Recuérdense, por ejemplo, como al iniciar la puesta en escena de la nueva sistemática procesal penal los acuerdos, importados del derecho anglosajón e incorporados a nuestra tradición jurídica, fueron asimilados al allanamiento a cargos (Buitrago, 2015); así se evidencia cuando se hace la lectura de diversos pronunciamientos jurisprudenciales (Sents. 23/8/2005, Rad.: 21954; 14/12/2005, Rad.: 21347; y 4/5/2006, Rad.: 24531, CSJ), línea jurisprudencial que fue replanteada (Sents. 8/4/2008, Rad.: 25306; y 11/11/2008, Rad.: 24663, CSJ), con notorio olvido de las distinciones entre el *plea bargaining* (esto es, el proceso mediante el cual las partes de una causa llegan a un arreglo mutuamente satisfactorio respecto a la resolución de ésta; normalmente, el acusado se declara culpable de una infracción de menor gravedad) y el *plea of guilty* (esto es, la respuesta formal del acusado quien afirma las acusaciones que se le enrostran) (Reyes, 2010), conocidos en nuestro medio como preacuerdo (mejor hablar de acuerdos) y allanamiento a cargos, respectivamente.

Esta confusión inicial dio paso a pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que los “preacuerdos” obedecen a “mecanismos de justicia consensuada” (Sent. 5/9/11, Rad.: 36502, CSJ), mientras que la aceptación de cargos o allanamiento corresponde a una “manifestación de la justicia premial” (Sent. de 27/4/2011, Rad.: 34829, CSJ). A ello añádase que para la Corte Constitucional (Sent. C-516/2007, CConst.) la naturaleza de los “preacuerdos” obedece a que por vía judicial se simplifique el proceso a través de la eliminación, total o parcial, de los debates probatorios y argumentativos, como resultado de una resolución entre las partes. Para esta corporación, pues, ese procedimiento abreviado no se explica a partir de la renuncia del poder punitivo del Estado

ni implica poder dispositivo de la acción penal (contrario a la opinión de algunos tratadistas, según se dijo); el propósito de la negociación apunta, entonces, a la resolución acelerada del conflicto penal.

Desde luego, más lejos va el propio derecho positivo (L. 906/2004, art. 348) cuando señala las finalidades de esos institutos y las enmarca dos como principios que gobiernan esa actividad: I) humanizar la actuación procesal y la pena; II) la eficacia del sistema reflejada en la obtención pronta y cumplida de justicia; III) propugnar por la solución de los conflictos sociales que genera el delito; IV) propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto, y V) promover la participación del imputado en la definición de su caso.

Clases de acuerdos.

El legislador alude sin hacer los distinguos a los acuerdos, preacuerdos y negociaciones en diferentes apartes de la Ley 906; sin embargo, parece evidente que la negociación es el género y el preacuerdo el trámite inicial, mientras que el acuerdo está integrado por el acta y la correspondiente aprobación por parte del juez. Esta es la mejor manera de delimitar el asunto de una forma técnico-jurídica que ayuda al entendimiento de la institución (Saray & Uribe, 2017).

Por supuesto, al armonizar los artículos 350 y 351 de la Ley 906 de 2004 se advierten las múltiples posibilidades que tienen las partes en aras de lograr un consenso que les permita arribar a un preacuerdo satisfactorio para todos (incluyendo a la víctima, pues aunque esta no tiene poder de veto frente al preacuerdo, debe estar enterada del contenido y términos de la negociación, según las directrices jurisprudenciales que serán detalladas más adelante). Por tal razón, podrán utilizarse varios espectros de la dogmática penal, entre ellos la tipificación de la conducta (encaminada única y exclusivamente a disminuir la pena), la eliminación de alguna causal de agravación o el reconocimiento de alguna causal de atenuación, la degradación del título de participación de autor o coautor a cómplice, la atribución subjetiva (dolo,

culpa o preterintención), las penas por imponer (principales y/o accesorias), la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria y la reparación de los perjuicios ocasionados con el delito (A. 20/11/2013, Rad.: 41570, CSJ).

Por ello, bien pueden señalarse como modalidades de preacuerdo que inciden sobre la determinación de la pena en seis tipologías: I) preacuerdo sin rebaja de pena; II) preacuerdo simple; III) preacuerdo con eliminación de causal de agravación punitiva específica; IV) preacuerdo con eliminación de un cargo específico; V) preacuerdo con degradación; y, VI) preacuerdo por readecuación típica o aceptación de un delito “relacionado con pena menor” (Saray & Uribe). Así las cosas, son las partes en desarrollo de sus estrategias y posibilidades quienes están llamadas a consolidar el resultado que brinde más beneficios a sus intereses y logren la aprobación judicial (Barbosa, 2015). Sin embargo, esas formas de lograr un preacuerdo tienen sus propias limitantes: De un lado, en el artículo 349 se previó que en caso de incremento patrimonial fruto del delito, no se podría celebrar preacuerdo hasta tanto se reintegre lo percibido; inicialmente, por lo menos, el 50%, y los funcionarios deben asegurar la recaudación del remanente.

Adicionalmente, leyes posteriores limitaron las facultades para realizar acuerdos en los siguientes casos: En primer lugar, el Código de Infancia y Adolescencia expresamente estableció que no proceden rebajas de pena con base en los preacuerdos entre la Fiscalía y los imputados cuando se trate de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños y adolescentes (CIA, art. 199, num. 7°). En segundo lugar, en materia de normas para prevención, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones, se prevé la exclusión de beneficios y subrogados penales en los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos (L. 1121/2006, art. 26); esta norma fue declarada exequible (Sent. C-073/2010, CConst.).

En tercer lugar, se adicionó el artículo 301 del CPP sobre la rebaja de pena cuando se presente situación de flagrancia (L. 1453/2011, art. 57); en estas

circunstancias, la disminución se realiza sobre una cuarta parte del beneficio contemplado en el artículo 301 en armonía con el artículo 351. Incluso, la jurisprudencia estima que este monto de rebaja opera en todas las oportunidades procesales en las que el procesado acepta cargos (se allana) o suscribe preacuerdos (Sent. C-645/2012, CConst.).

En cuarto lugar, mediante la llamada Ley Rosa Elvira Cely, se señala: “La persona que incurra en el delito de feminicidio solo se le podrá aplicar un medio del beneficio (sic) de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. Igualmente, no podrá celebrarse preacuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias” (L. 1761/2015, art. 5°); por supuesto, la expresión “un medio del beneficio” es absolutamente imprecisa y falta de claridad.

Además, en quinto lugar, con la entrada en vigor de la Ley 1826 de 2017, se adicionó el artículo 539 del CPP, que dio vida al procedimiento especial abreviado, a cuyo efecto se consideró en algunos sectores que, en atención al que se llama como “principio de favorabilidad” debía aplicarse el descuento punitivo del 50% a las situaciones de flagrancia por ser norma posterior a la atrás reseñada (L. 1826/2017, art. 16). No obstante, la jurisprudencia cerró dicha posibilidad al entender que para el legislador las conductas punibles contenidas en esa disposición “representan una gravedad menguada”, y no cobija los delitos que no forman parte de esa ley para aplicar el llamado principio de favorabilidad (A. AP5266/2018, CSJ).

Adicional a los marcos normativos que restringen las posibilidades de otorgar beneficios o realizar preacuerdos que favorezcan a los procesados, los titulares de la acción penal (delegados del Fiscal General) en todos sus ámbitos se encuentran atados a normas internas que les delimitan sus competencias (Garzón, Londoño y Martínez, 2007); así sucede con la normativa que traza los lineamientos para los preacuerdos y negociaciones (Directiva 001/2006).

Se cuenta, además, con una regulación mediante la cual se reglamentan los comités técnico-jurídicos de revisión de las situaciones y los casos, soportada en una normativa más general (Decreto 16/2014, arts. 7 y 31 num. 8°),

por medio de la cual se diseñan los comités técnico-jurídicos para revisar las situaciones, casos y “ejecución de acciones en el desarrollo efectivo y eficiente de las investigaciones penales de su competencia”, atribuidos tanto a la Dirección Nacional de Seccionales y Seguridad Ciudadana como a los directores seccionales (R. 0-1053/2017, p. 1). Esa regulación fue encontrada ajustada a la Constitución (Sent. C-232/16, CConst.).

La finalidad de este acto administrativo es materializar el principio de unidad de gestión y jerarquía, determinándose los términos y condiciones de la autonomía de los fiscales delegados, de acuerdo con las previsiones contempladas en el artículo 251, numeral 3° de la Constitución Política de 1991. De alguna forma, estas decisiones permiten al nivel directivo de la entidad tener un control de las actuaciones de los fiscales delegados.

Y, por último, se adoptaron los lineamientos generales para imputar o precordar las circunstancias de menor punibilidad del artículo 56 del Código Penal (Directiva No. 001/2018). En ella, enfáticamente se prohíbe pactar alguna de las modalidades allí incluidas (marginalidad, ignorancia o pobreza extrema) en aquellos casos en los cuales se afecten los bienes jurídicos que atenten contra la administración pública, administración de justicia, seguridad y salud pública. Igualmente, en los casos en que se precuerde esta circunstancia en asuntos en los cuales se afectan bienes jurídicos diferentes a los mencionados, el fiscal delegado debe informar previamente al director seccional o especializado, aunque se hace hincapié en que cualquiera de estas circunstancias debe encontrarse acreditada fáctica y jurídicamente.

Los acuerdos y sus beneficios de pena.

Según las previsiones legales sobre la materia (L. 906/2004, arts. 351 y 352), son dos los momentos fundamentales en los cuales operan los descuentos punitivos: el primero, desde la imputación y hasta la presentación de la acusación en cuyo caso la cuantía es hasta del 50% de la pena por imponer: “La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible,

acuerdo que se consignará en el escrito de acusación”; y, el segundo, desde la acusación hasta el inicio del juicio oral cuando se interroga al acusado evento en el cual se tasa la pena con una disminución de hasta en una tercera parte con base en el artículo 352: “Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte”. Así mismo, en cuanto se refiere a las otras posibilidades de consenso entre las partes para disminuir la pena el *quantum* de punibilidad corresponderá a aquel camino por el cual se haya optado, siempre y cuando se respeten los márgenes legales establecidos y el principio de legalidad de la pena.

Al respecto, debe decirse que la doctrina reclama –de un lado– la necesidad de que la motivación inherente a algunos actos procesales por parte de los delegados de la fiscalía, no proceda en relación con aquellos casos en los cuales se negocia y pacta la pena que no deben estar obligados a motivar su determinación, cosa distinta sucede con el juez de conocimiento a quien se le ordena motivar en detalle la tasación de la pena (Pérez, 2018, p. 77). Y, de otro lado, se advierte en torno a la importancia de tener en cuenta el análisis dogmático de las concepciones idealistas y utilitaristas, en el sentido de considerar al hombre dotado de razón y libertad acorde con la primera de ellas; y, en segundo lugar, por el beneficio que puede conllevar la adopción de una decisión en un momento determinado del proceso penal, lo que de paso abre no solo las compuertas a humanizar y respetar garantías, sino también que se orientan a percibir una utilidad para quienes convergen en el proceso penal incluido el fiscal, el procesado, el defensor y las víctimas (Molina, 2012b, pp. 533 y ss.).

Desde luego, no debe olvidarse que frente a las personas sorprendidas en situación de flagrancia con ocasión de la modificación introducida al párrafo del artículo 301 del CPP (L. 1453/2011, art. 57), el legislador dispuso un descuento punitivo diferenciado: Un beneficio de una cuarta parte de los mencionados en el artículo 351, es decir, en la audiencia de formulación de acusación la rebaja es del 12,5%, en la audiencia preparatoria del 8,33%, y, añádase, en la audiencia del juicio oral del 4,16%. El aparte normativo correspondiente fue declarado ajustado a la Constitución Política (Sent.

C-645/2012, CConst.) y muy bien lo ilustrado desde el punto de vista narrativo y gráfico la jurisprudencia penal (Sent. 11/6, 2012, Rad.: 38285, CSJ).

En este contexto, resulta relevante el pronunciamiento de la jurisprudencia en cuya virtud se abordó el estudio de la disminución punitiva por reparación en caso de condena por preacuerdo en delitos contra el patrimonio económico, oportunidad en la cual se señaló que cuando se invoca la aplicación del artículo 269 del Código Penal, el juez ha de tener en cuenta el interés mostrado por el procesado para cumplir con la reparación de las víctimas en su reparación, en especial si ello sucedió cerca o lejos de los actos de judicialización (Sent. 7/11/2018, Rad.: 51100, CSJ).

Es más, se ha expresado que en lo atinente a la dosificación de la pena cuando hay concurso de delitos en casos de preacuerdo, se debe tener en cuenta además de lo previsto en los artículos 59, 60 y 61 del Código Penal lo dispuesto en el artículo 31 del mismo y, añádase, se debe confrontar la pena individualizada para cada ilicitud (Sent. SP338/2019, CSJ). Por ello, el procedimiento así indicado se reduce a determinar cuál es la pena más grave de las conductas atribuidas al procesado, y ella es la base para aumentarla hasta en otro tanto, en atención a factores concurrentes como el número de ilícitos, la naturaleza, la gravedad, la modalidad y el dolo, entre otros. Dichos límites se encuentran en el mismo artículo 31 del Código Penal, modificado su inciso 2° por el artículo 1° de la Ley 890 de 2004.

Manifestaciones de culpabilidad acordadas.

Otro de los temas incorporados en la Ley 906 de 2004, e íntimamente ligado a los acuerdos y las negociaciones, es el de las manifestaciones de culpabilidad acordadas establecidas en su artículo 369. Se advierte que dicha norma se encuentra incorporada en el Capítulo I del Título IV “Instalación del juicio oral”, lo que permite concluir que se trata de una figura procesal diferente a la de los preacuerdos y negociaciones por las razones que se analizan a renglón seguido.

En efecto, de acuerdo con los artículos 351 y 352 los acuerdos pueden realizarse desde la formulación de la imputación hasta el momento en que sea interrogado el acusado en el inicio del juicio oral; y son tres los escenarios para que las partes los realicen: I) en la audiencia de imputación, II) desde la presentación del escrito de acusación y hasta el momento en que es interrogado el acusado al inicio del juicio oral y III) en desarrollo del juicio oral. Precisamente, en este último evento, el marco de punibilidad es fijado por el fiscal a través de la pretensión que eleve al juez de conocimiento (Sent. 1/10/2012, Rad.: 38903, CSJ). Esta postura fue ratificada cuando se expresó, con toda claridad, que las manifestaciones de culpabilidad acordadas operan en sede del juicio oral y que la pena aplicable en ese estadio se contrae a la que solicite el fiscal, según lo indica el artículo 370; en ese caso, se advierte, el juez no podrá condenar a pena superior a la peticionada (A. AP5286 de 2017, CSJ).

Se observa, además, que tanto los acuerdos (“preacuerdos”) y las negociaciones como las manifestaciones de culpabilidad acordadas se encuentran interconectadas por tratarse de actos bilaterales, consensuados entre las partes, pero la distinción entre ambos institutos radica en que operan en momentos procesales diferentes: Los preacuerdos desde la imputación (o desde antes, según reciente decisión, la cual se reseñará más adelante) hasta el momento de inicio del juicio oral, mientras que las manifestaciones de culpabilidad aplican en sede del juicio oral.

Sobre este tema, debe recordarse, el Tribunal Superior de Cúcuta ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias oportunidades y en diferentes sentidos. En primer lugar, permitió la posibilidad de realizar las manifestaciones de culpabilidad acordadas luego de iniciado el juicio oral (A. 26/9/2016, TSC), lo que posibilitó la realización de manifestaciones de culpabilidad acordadas luego de iniciado el juicio oral y en el curso la etapa probatoria de la fiscalía. Así mismo, esa misma corporación ha negado la posibilidad de realizar manifestaciones de culpabilidad acordadas luego de iniciado el juicio oral e interrogado el procesado (A. 28/6/2018, TSC).

Desde luego, la producción de providencias de estos dos organismos judiciales sobre este tipo de consenso entre las partes ha sido escasa; además, se observa una línea de precedentes oscilantes, derivada de la aplicación de estos mecanismos de terminación consensuada. A futuro, desde luego, es una materia muy interesante para el estudio y análisis en virtud de las opciones que se ofrecen en este estadio para lograr un consenso frente a la pena y a los beneficios para el favorecido con esta postura y, aún más importante, para precisar qué papel juega la víctima frente a esta situación.

Además, para aludir a las posiciones doctrinarias sobre este interesante asunto, se debe recordar una tesis en cuya virtud la actuación puede agotarse anticipadamente a través de dos formas, una de ellas, la vía de la manifestación de culpabilidad del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, que tiene dos modalidades: Una voluntaria, como acto unilateral, y la segunda, como manifestación de culpabilidad acordada, atendiendo única y exclusivamente a la manera negociada (Jaramillo, 2013); es decir, este planteo defiende una postura diferente a las expuestas anteriormente.

En conclusión: al adentrarse en los aspectos operativos que se derivan de las normas que rigen los acuerdos (los “preacuerdos”) y las negociaciones, se encuentra que ellas plasman las clases o modalidades de los mismos, las limitantes legales que han surgido como consecuencia del denominado “populismo punitivo” adoptado por el Congreso para resolver casos que conmueven a la opinión pública (Torres, 2010, p. 22), y, agréguese, los lineamientos que la propia fiscalía traza a sus delegados para controlar –de alguna forma– los excesos denotados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, este tema de los acuerdos tiene un amplio catálogo de beneficios a disposición de las partes, bien sea en la pena o en el grado de participación; inclusive, pueden acordarse beneficios, de ser procedentes, en sede de ejecución de la pena. Por último, la ocasión final para lograr consenso entre las partes se da al inicio del juicio oral a través de las manifestaciones de culpabilidad acordadas, que, sin lugar a duda, ofrecen una alternativa

para aquellos procesados que optan a última hora por la negociación con un reducido margen de descuento, pero, al fin y al cabo, con una pena pactada y asegurada.

Las directrices jurisprudenciales

Con el propósito de arribar a una respuesta al problema de investigación debe, ahora, hacerse un examen de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales emanados de la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, emitidos de cara a lograr construir y desarrollar esta institución procesal conocida como los acuerdos y las negociaciones.

Desde luego, cuando se hace ese recorrido, es perfectamente entendible la razón por la cual la doctrina nacional e incluso la extranjera advierte que –con el paso del tiempo y el desenvolvimiento derivado de la aplicación de este mecanismo procesal– se evidencian confusiones conceptuales fruto de múltiples factores, como la falta de claridad en los rasgos diferenciadores y en los criterios utilizados para su adaptación (Buitrago, 2015, p. 74; Pérez, 2015, p. 99; Armenta, 2012, p. 34). Por eso, a medida que transcurre dicho avance se advierte que las decisiones de estos máximos órganos de la rama judicial han sido replanteadas, modificadas o recogidas, dando paso a otras posturas que en algunos casos generan confusión por ser opuestas como, recuérdese, a título de ejemplo, sucede con aquellas en las cuales se asimilaron los allanamientos a cargos y los preacuerdos.

Y es que bajo esta perspectiva la jurisprudencia se constituye en una fuente de interpretación de las normas en cuya virtud se puede aprehender su finalidad que no es otra distinta a producir utilidad, equilibrio y justicia (Sandel, 2011, p. 212). Ello nace desde la misma Constitución cuyo artículo 230 es la guía para interpretar el sistema jurídico (Sent. C-836/2001, CConst.) teniendo como punto de partida que la aplicación de la jurisprudencia es obligatoria y se deben acatar las pautas que frente a una temática

determinada dicte la Corte Constitucional como suprema guardiana de dicho orden (Sent. SU-354/17, CConst.). Además, con este tipo de pronunciamientos se impacta a la sociedad, a otros funcionarios tanto del orden judicial como administrativo y al sistema jurídico.

Desde 2001, la Corte Constitucional ha advertido, en cuanto al precedente judicial, que se requiere mantener un norte de criterios homogéneos con el fin de evitar desequilibrios en la aplicación de las normas e, igualmente, para evitar vulneraciones a principios como la igualdad y la seguridad jurídicas. De allí que dicha corporación, en diferentes pronunciamientos (Sent. C-557/2001, CConst.), haya estimado que la Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre (CN, art. 234), tenga, entre otras funciones, la de unificar la jurisprudencia.

Además de ser fuente de derecho, la jurisprudencia tiene carácter obligatorio cuando se constituye en precedente (Sierra, 2016, pp. 249 y ss.), que, en esencia, es una norma previamente establecida por las cortes o tribunales sobre lo que debe hacerse en determinadas situaciones. Conforme a esta posición, es irrazonable tratar de forma diferente dos situaciones o personas idénticas, siempre y cuando no medien razones suficientes para hacerlo. Asimismo, que lo fáctico coincida con lo sustancial (Sent. C-052/2012, CConst.), regla que obliga al operador judicial y aplica a todas las autoridades públicas de cualquier orden por encontrarse sometidas a la Constitución y a la ley, por lo que se sujetan a dicho acatamiento (Sent. C-634/2011, CConst.).

Entonces, cuando se trata de modificar, variar, apartarse o distanciarse del precedente, los operadores jurídicos y las demás autoridades están atados a estos criterios, y por ser fuente de derecho, tienen carácter obligatorio (López, 2009). No obstante, como el derecho es dinámico, se permite que al acaecer hechos o actos sociales, varíen las perspectivas y, por consiguiente, su unidad normativa, así que puede cambiar el precedente; por lo tanto, al cambiarse posturas interpretativas de una norma dentro de una decisión que pueda constituir precedente, deben observarse las pautas de la Corte Constitucional para no resultar inequitativos.

Ahora bien, frente al tema de los acuerdos y tomando como base al artículo 250 de la Constitución Nacional, debe decirse que ese texto no hace referencia alguna sobre aquellos, de allí que se tome la amplia facultad discrecional que brinda el principio de oportunidad allí previsto como fundamento de esta herramienta. Al respecto, se ha interpretado que por medio de esa disposición se le otorga la facultad a la fiscalía para tipificar la conducta dentro de su alegación conclusiva de “una forma específica con miras a disminuir la pena”, pero que esta se debe limitar por los hechos y derechos del proceso y, asimismo, que en el preacuerdo entre el fiscal y la defensa debe mediar el juez de control de garantías o de conocimiento (Sent. C-1260/2005, CConst.).

Desde luego, en aras de dimensionar las variaciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en cuanto se refiere a los acuerdos son tres las etapas delimitadoras de la jurisprudencia en nuestro país sobre el asunto (Pérez, 2015, pp. 99 y ss.): Una primera fase, muestra pronunciamientos ambivalentes y una marcada idea sobre el control material de los preacuerdos por parte del juez de conocimiento; una segunda etapa, en la cual la Sala de Casación Penal replantea el control material de los preacuerdos brindando a las partes amplias posibilidades de negociación; y en la actualidad, un tercer estadio, denominado para los efectos de este análisis fase intermedia o de control regulado, que fluctúa entre aquellas dos posiciones y su inicio podría situarse hacia el año 2016 a raíz de un fallo de casación emitido por la Corte Suprema (Sent. SP14191/2016, CSJ), en el cual se indica que el juez no puede variar la adecuación típica fijada en los preacuerdos o en la acusación. Las siguientes son las mencionadas etapas:

Primera etapa: El control material por parte el juez.

Debe recordarse que el sistema penal acusatorio entró en vigor de manera gradual en los diferentes distritos judiciales entre el 1º de enero de 2005 y el 1º de enero de 2008. Inicialmente, la Corte Suprema de Justicia asimiló las figuras de los allanamientos a cargos y de los preacuerdos, como producto de

la ambigüedad de las disposiciones que se ocupan de regular este asunto en la legislación procesal penal (Mestre, 2008).

Fue así como uno de los iniciales pronunciamientos (Sent. 11/5/2005, Rad.: 22716; CSJ), provocó un salvamento de voto del magistrado Yesid Ramírez Bastidas (precisamente uno de los delegados de la Corte Suprema de Justicia para la reforma del sistema), en el cual resaltaba que la aceptación de cargos comprendía un “acuerdo” con la fiscalía, por lo cual no se podía asimilar la figura de los acuerdos –con base en el principio de favorabilidad– a la sentencia anticipada que era un instituto propio de la Ley 600 de 2000. Pero la división de criterios se hizo evidente en otro pronunciamiento (Sent. 19/5/2005, Rad.: 20554, CSJ) en el que se siguió esa línea de asimilación entre el allanamiento a cargos y el acuerdo entre las partes.

No obstante, la Corte se inclinó por aceptar que los preacuerdos y los allanamientos eran distintos en cuanto los últimos se asemejaban a la sentencia anticipada, y, por la vía del llamado principio de favorabilidad, aplicó el descuento de penas de la Ley 906 de 2004 mayor que el de la 600 de 2000 (Sents. 23/8/2005, Rad.: 21954, CSJ; 14/12/2005, Rad.: 21347, CSJ; A. 7/4/2005, Rad.: 23312, CSJ). No obstante, dicha situación se dilucidó cuando la Corte Constitucional expuso de forma didáctica las diferencias entre los preacuerdos (se entendieron como contratos o actos bilaterales en los que la fiscalía tiene amplia discreción) y los allanamientos a cargos (en los que el procesado de manera unilateral acepta los cargos que el Estado le comunica) (Sent. T-091/2006, CConst.).

Luego, en 2006, si bien la Corte Suprema distinguió ambos institutos e indicó las características de cada uno de ellos, continuó con la idea de que el allanamiento era una modalidad de “acuerdo” (Sent. 4/5/2006, Rad.: 24531, CSJ); ya en el año 2008 (Sent. 4/4/2008, Rad.: 25306, CSJ), se desligaron conceptualmente las dos figuras y luego, incluso, la corte aludió a la contradicción de sus decisiones en ese momento inicial y se pronunció sobre la fuerza vinculante del precedente y la forma como podía producirse el apartamiento del mismo. Es más, ratificó la aplicación más favorable del artículo

351 de la Ley 906 de 2004 frente al artículo 40 de la Ley 600 de 2000 (Sent. 1/2/2012, Rad.: 34853, CSJ).

Otro de los temas abordados en ese entonces por las altas colegiaturas apuntó al control material por parte del juez de conocimiento a los preacuerdos. En efecto, se aludió a la idea de la justicia material y al deber de los jueces de revisar minuciosamente los requisitos de legalidad y de plena verdad antes de impartir aprobación a las negociaciones (Sent. C-1195/2005, CConst.); esta postura se consolidó con la expedición de otro importante pronunciamiento (Sent. C-1260/2005, CConst.).

A su turno, la problemática del control material fue objeto de otras decisiones como aquella en la cual se rechaza la figura del juez “espectador” (Sent. 22/6/2005, Rad.: 14464, CSJ), posición reiterada en otras providencias (Sent. 17/8/2006, Rad.: 25713, CSJ; y 19710/2006, Rad.: 25724, CSJ). Esta tesis se afianzó en otro proveído en el que se les recalcó a los fiscales el deber de imputar correctamente delitos, circunstancias de agravación o atenuantes genéricos o específicos (Sent. 12/10/2007, Rad.: 27759, CSJ); y se reforzó, cuando se dijo que asimismo, en la sentencia radicado, de la que, en esencia, se extrae que para la aprobación de la negociación de penas se requiere una correcta adecuación jurídica de los hechos con base en el principio de estricta jurisdiccionalidad, en conexión con el principio de estricta tipicidad (Sent. 27/10/2008, Rad.: 29979, CSJ).

Paralelo a ello, la SPCSJ estimó que el control material de los preacuerdos no puede ser entendido por los jueces en perjuicio de los procesados; postura nacida de lo que denominó “ligerezas” de la fiscalía al encontrar que en un caso de Ley 600 de 2000 se incluyó un concurso inoperante, pero por favorabilidad se aplicó la figura de los preacuerdos y se decidió sobre esta base (Sent. 6/9/2007, Rad.: 24786, CSJ); mientras que en otro caso se agregó una causal infundada (Sent. 15/4/2008, Rad.: 28872, CSJ) y, por último, se omitió una atenuante de pena en un caso de exceso en una causal de justificación (Sent. 8/7/2009, Rad.: 31280, CSJ).

Esta posición jurisprudencial se evidencia en otros fallos de la Corte proferidos entre los años 2009 y 2012. En efecto, entre otros pronunciamientos, se resaltan los que siguen (Moreno, 2018): en primer lugar, uno en el cual enfatizó el deber de los jueces de conocimiento de velar por el respeto al principio de legalidad y trazó pautas para que el juez aplique la tipicidad que considere acertada, siempre que no se agregue un hecho nuevo ni se cambie la esencia de la base fáctica (A. 7/12/2011, Rad.: 36367, CSJ); y, otro, en el cual se hace un recuento sobre la senda que deben transitar los jueces de conocimiento a efectos de verificar una negociación y la posibilidad que les asiste a las partes de retractarse de las mismas (A. 21/3/2012, Rad.: 38500, CSJ). Finalmente, otra importante decisión sería la encargada de ratificar estos puntos de vista, y destacar que en el acta del preacuerdo se debe reflejar en forma clara y explícita lo que fue objeto de consenso (Sent. 18/4/2012, Rad.: 38146, CSJ).

Segunda etapa: La ausencia de control material por parte del juez.

A partir del segundo semestre del año 2012 se inició una transición frente al tema del control material a los preacuerdos que permite apreciar un sutil cambio de posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al rol del juez, en el sentido de variar la perspectiva inicial sobre la intervención de éste y restringir el rol ampliado del que gozaba en los inicios. La clave argumentativa se enfocó en el denominado “deber de lealtad” (Sánchez, 2016, p. 60), que, en el fondo, probablemente, obedeció al hecho de que el sistema penal no respondía a los estándares de descongestión planteados y, de paso, se estimulaba la utilización de este mecanismo para evacuar carga laboral.

Por ello, esa corporación advierte que el preacuerdo no solo es vinculante para las partes, sino que lo es para el juez, “[...] quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva...”, excepto si logra vislumbrar afectaciones de nulidad derivada de vicios del consentimiento o por desconocimiento de garantías fundamentales; en estos eventos puede anularse el acto consensual (A.

17/10/2012, Rad.: 33145, CSJ). Es decir, la intervención del juez procede de diferente modo, a partir de esta determinación, ante los eventos ostensibles descritos, pero no se especificó expresamente en qué casos en particular; no obstante, ese aspecto se aclararía con posterioridad.

Es más, se equiparó el escrito de acusación a los allanamientos y preacuerdos (Sent. 6/2/2013, Rad.: 39892, CSJ). En esa línea de entendimiento este acto, por ser del órgano de persecución penal, no admite cuestionamiento ni por parte del juez ni por las partes; nuevamente se apuntó, pues, que solo en eventos de violación legal ostensible puede operar la intervención del juez y tampoco se determinó en qué casos operaba esta circunstancia. Desde luego, debe hacerse el énfasis en la palabra “ostensible”, que abarca dos definiciones: En primer lugar, que puede manifestarse o mostrarse y, en segundo término, claro, manifiesto, patente (Diccionario de la Lengua Española, 2018).

Incluso, ese organismo enfatizó: “[...] no tiene cabida en el modelo acusatorio que el juez se ocupe de aquello que no le compete” (Sent. 19/6/2013, Rad.: 37951, CSJ). Ello, con ocasión de la invalidación de la imputación en relación con un delito en un allanamiento por dos cargos diferentes. De forma paralela a ello, en otra decisión definió que el escrito de acusación no puede ser declarado nulo, por cuanto las peticiones de los intervinientes no están sometidas “[...] a control material por la judicatura”; y, en ese orden de ideas, al efectuarse un control material de la acusación, sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada por vía de los allanamientos y preacuerdos, es “[...] incompatible con el papel imparcial que ha de seguir el juez en el modelo acusatorio” (A. 14/8/2013, Rad.: 41375, CSJ).

Así las cosas, poco a poco, esta nueva visión fue posicionándose a tal punto que en otro fallo la Corte Suprema estimó que la intervención del tribunal al improbar un preacuerdo, por no compartir la calificación de cómplice otorgada a la procesada, violaba –en primer lugar– el debido proceso de la imputada con ocasión de la injerencia del juez en un negocio de partes; amén de que, en segundo lugar, los límites de las partes y del juez en ca-

sos de esta naturaleza no están visiblemente demarcados y que estos temas no tienen una postura pacífica en la jurisprudencia (Sent. 24/9/2013, Rad.: 69478; CSJ).

Así las cosas, como consecuencia de otros pronunciamientos los asuntos por resolver se dispararon exponencialmente (Sent. 13/11/2013, Rad.: 70295, CSJ; Sent. 4/12/2013, Rad.: 70712, CSJ; y Sent. 27/2/2014, Rad.: 72092 CSJ), y como reacción a este fenómeno, de nuevo la corporación entró a moderar dicha postura. Para ello, sostuvo que la intromisión del juez es una demostración de su misión, encaminada a salvaguardar las garantías fundamentales de los intervinientes en el proceso penal.

No obstante, a través de otras decisiones retomó el sendero en cuya virtud se entiende que la intervención del juez gravita en procura de permitirles a las partes desarrollar sus facultades, pero marginalmente se atacan los “desafueros” e “irresponsabilidades” de los fiscales a la hora de realizar preacuerdos y negociaciones que llevan a “crear una lamentable sensación de impunidad” (Sent. 16/6/2014, Rad.: 40871, CSJ; y Sent. SP139391/2014, CSJ). Además, se insistió en que no son los jueces los llamados a establecer los límites de esta potestad y es la fiscalía la llamada a ejecutar las tareas para fijar las pautas, controlar y monitorear el avance de dicho mecanismo procesal.

Con posterioridad, hacia el año 2015, el foco argumentativo de los preacuerdos se enfiló al examen de las concesiones realizadas por la fiscalía a personas imputadas por conductas de microtráfico. La discusión giró, entonces, en torno a las polémicas suscitadas por el reconocimiento en la negociación de la causal de atenuación prevista en el artículo 56 del Código Penal, que alude a las situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema; al punto de que la Corte llegó a aceptar (A. AP629/2015, CSJ) o a rechazar (A. AP2677/2016, CSJ) los impedimentos de los juzgadores que se habían. Pronunciado sobre los asuntos que involucraban ese debate.

Finalmente, la Corte asumió la tesis ligada a la no intervención del juez, porque de esa forma asume un rol que no le corresponde y se aparta del principio de imparcialidad; desde entonces puede vislumbrarse una nueva

tendencia, que retorna a la idea del control material de la acusación, de los preacuerdos y los allanamientos, pero ya bajo otras visiones.

Tercera etapa: El control regulado a los acuerdos.

Como respuesta al cuestionamiento surgido en algunas esferas sociales, principalmente auspiciadas por los medios de comunicación en atención a su capacidad de influir en la sociedad, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema produjo decisiones en las que, como dice un reputado doctrinante foráneo, era evidente “la fuerte tensión entre las fuerzas antinómicas de la eficacia *vs.* las garantías” (Binder, 2019). Desde entonces, los distintos pronunciamientos jurisprudenciales enfatizan en la primacía del principio de legalidad frente a la eficacia predicada cuando se tramitó e inauguró el sistema acusatorio colombiano; y es a partir de este contexto que se patentiza el acoplamiento entre el principio de legalidad y el instituto de los preacuerdos y negociaciones (Sánchez, 2016).

Por ello, en esta tercera fase la Corte Suprema optó por un sistema de control jurisdiccional; de esta forma, el espacio de discrecionalidad del órgano de persecución penal tiende a restringirse para cerrar los márgenes de impunidad y de arbitrariedad por parte de los administradores de justicia y, ante el complejo escenario teórico en lo que concierne al tema de allanamientos, acuerdos o negociaciones, el principio de legalidad es el respaldo procesal adecuado, máxime si él está llamado a brindar garantías a las partes. De allí, pues, emerge un control judicial efectivo basado no solo en lo que las partes acuerdan o aceptan sino también soportado en un caudal probatorio suficiente que respalde esos actos dispositivos (Sánchez, 2016).

Por ello, la Corte Suprema conjugó armónicamente el parágrafo del artículo 293 del CPP modificado (L. 1453/2011, art. 69) con el artículo 351 en el sentido de que la aceptación de cargos (unilateral o consensuada) requiere la aprobación del juez de conocimiento, con las excepciones nacidas de los vicios en el consentimiento y el desconocimiento de garantías fundamentales (Sent. SP9379/2017, CSJ); y de allí deriva el sustento de la posición asumida

en este texto según la cual se ha establecido un control regulado a los preacuerdos.

Desde luego, estas consideraciones ya asomaban en una decisión previa en la cual se alude al margen que tiene la fiscalía para negociar con el procesado y a la posibilidad de que dichas partes puedan acordar la suspensión condicional de la ejecución de la pena (A. AP2370/2014, CSJ); mientras que en otra providencia se le reconoció a la fiscalía la facultad unilateral para ajustar la calificación jurídica del preacuerdo para establecer, de paso, las diferencias entre el control que realiza el juez a los ajustes frente a la calificación jurídica en aplicación del principio de legalidad y el control a las concesiones hecho en razón del preacuerdo (Sent. SP13939/2014, CSJ). Es más, luego la Corte Suprema dirá que en esta materia solo puede haber una única rebaja, lo cual no ocurre si la fiscalía ajusta la calificación jurídica a favor del acusado conforme al principio de legalidad (Sent. SP14842/2015, CSJ).

Posteriormente, ese organismo analizó las modalidades de los convenios y el momento en cual se logra el pacto para hacer la rebaja correspondiente, oportunidad en la cual se le llama la atención al Tribunal Superior de Valledupar por no condenar a los acusados a título de cómplices, sino de coautores, pese a que la negociación se circunscribió a ese puntual aspecto (degradación de coautores a cómplices) (Sent. SP2168/2016, CSJ). Esta decisión originó un salvamento de voto del magistrado Eugenio Fernández Carlier, cuya divergencia se centró en apoyar la tesis del Tribunal de Valledupar en el sentido de que se debía condenar por el título de participación imputado y el monto de la pena se debía determinar acorde con el título de participación negociado; allí se dijo: “El juez deberá condenar por el delito imputado”, el texto legal así lo indica, “el imputado se declarará culpable del delito imputado”, pero, se advierte, “se debe imponer por razón del preacuerdo la pena que corresponda al cambio aceptado por la fiscalía, la que surja como consecuencia de la eliminación de una agravante o cargo específico, la que es representativa de una degradación”. Este debate se mantuvo en otra decisión, pero la postura mayoritaria fue la finalmente adoptada por gran parte de los operadores judiciales (Sent. SP7100/2016, CSJ).

Se observa, además, la insistencia de la jurisprudencia en el sentido de que el juez no puede variar la adecuación típica señalada en los acuerdos; por ello, se expone que el juzgador no puede variar la adecuación típica fijada en la acusación o en los preacuerdos por ser una potestad exclusiva del órgano de persecución penal (Sent. SP14191/2016, CSJ). Es más, en otro proveído en líneas generales se observa que los preacuerdos son vinculantes para las partes y para el juez, y aquellas pueden degradar la participación de autor a cómplice (Sent. SP16907/2016, CSJ). Incluso, otra decisión enseña de manera tajante la imposibilidad de los jueces de conocimiento de ejercer control material en relación con la adecuación típica definida en los preacuerdos (Sent. SP16933/2016, CSJ).

En pronunciamiento más reciente se reafirmó la ausencia de control material sobre la imputación y la acusación, pero frente a la calificación jurídica de los hechos jurídicamente relevantes, se dijo que esta facultad se ejerce cuando el juez de conocimiento advierte la vulneración evidente de derechos fundamentales. Y frente al tema que aquí convoca, respecto a los procesos que culminan por la vía del consenso, se estimó que el juez está habilitado para examinar los términos de negociación y, de ser el caso, emitir la correspondiente sentencia condenatoria, siempre y cuando se constate el cumplimiento de cinco aspectos fundamentales, a saber (Sent. SP5660/2018, CSJ):

En primer lugar, la efectiva existencia de los hechos relevantes jurídicamente, “[...] toda vez que, en virtud del principio de legalidad, la condena solo es procedente frente a conductas que estén previa y claramente sancionadas por el legislador”; es decir, que el comportamiento, o los “hechos factuales”, que por vía de imputación, acusación o preacuerdo se atribuyan al procesado, deben encajar en la norma penal, porque de allí se desprende la subordinación a dicho principio de legalidad. Estos aspectos también han sido abordados en otras decisiones (SP3168/2017, CSJ; Sent. SP19617/2017, CSJ; Sent. SP594/2019, CSJ).

En segundo lugar, contar con los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o información obtenida legalmente que “permita (n) cumplir el estándar de conocimiento previsto en el art. 327 de la Ley 906/04”. Doctrinariamente, este postulado se denomina la “mínima actividad probatoria” entendida como “[...] la base probatoria de la cual el juzgador obtiene la necesaria convicción acerca de la exactitud de las afirmaciones fácticas discutidas en el proceso” (Miranda, 2009, p. 130).

Además, en tercer lugar, reclama unos términos del preacuerdo claros, en los que se precise, sin duda alguna, “un eventual cambio de calificación jurídica”, enfocado a que se materialice el principio de legalidad. Igualmente, habrá de señalarse en concreto qué beneficios se pactaron; al respecto, ya la Corte se había pronunciado (Sent. SP13939/2014, CSJ) sobre la “facultad unilateral” que tiene la fiscalía para ajustar la calificación jurídica del preacuerdo (siempre y cuando haya nuevos elementos probatorios o razonamientos para modificar la situación fáctica o la tipificación) distinguiéndose, entonces, el tipo de control que ejerce el juez, bien sea al ajuste a la calificación jurídica o por las concesiones o beneficios pactados.

Así mismo, en cuarto lugar, examinar que los beneficios otorgados resulten viables jurídicamente, toda vez que se deben respetar los límites establecidos en la Constitución y la ley. Existen algunos temas, como se pudo observar con antelación, en que el legislador considera que no resulta procedente llevar a cabo preacuerdos con el imputado o acusado, como algunos incluidos en la ley de infancia y adolescencia, la ley de financiación del terrorismo, entre otras.

También, en quinto lugar, la libertad, conocimiento e información suficiente del procesado frente a la decisión que adopta al renunciar al principio de inocencia (Miranda, 2009); sin embargo, de constatarse ulteriormente que existió algún vicio del consentimiento (Machicado, 2013) y ese motivo invalidante de la aceptación, bien sea por el allanamiento a cargos o por preacuerdo, debe demostrarse “acreditando *que se está en presencia de un quebranto tan significativo y trascendental para la estructura del proceso y el derecho de*

defensa, que no haya dudas sobre su configuración, y que no existe otro camino para subsanarlas”, como se dijo en otro pronunciamiento (Sent. SP4394/2018, CSJ). En ese orden de ideas, no se configura nulidad cuando es inexistente el supuesto vicio del consentimiento.

Por último, debe decirse que a comienzos del año 2019 la Corte Suprema abordó un tema novedoso frente a esta temática y avaló un preacuerdo realizado entre las partes antes de la imputación (Sent. SP384/2019, CSJJ). Obviamente, esta modalidad implica que debe haber claridad en los términos tanto de la imputación como del acuerdo, pues de ello dependerá que el juez de conocimiento emita la respectiva sentencia condenatoria, y, por supuesto, debe partirse de una correcta, clara y precisa imputación, en la que se establezca, sin lugar a confusiones, en qué aspectos hay modificaciones para beneficiar al imputado y cuándo es una modificación unilateral de parte del delegado fiscal.

Este nuevo escenario, sin duda, abrirá de nuevo el abanico de posibilidades para seguirle apostando a una institución que ha demostrado una dinámica intrínseca, que se moldea a medida y se ajusta a los marcos constitucionales y legales en beneficio de una sociedad urgida de una pronta y eficaz administración de justicia. En conclusión, pues, han sido los pronunciamientos de las cortes los que han delimitado los ámbitos de aplicación en las diferentes fases y las modalidades de los preacuerdos en Colombia.

Conclusiones

Llegados a esta altura de la exposición, se deben presentar las siguientes consideraciones con las cuales se pone fin a esta incursión académica.

En efecto, en primer lugar, a través de la puesta en práctica del mecanismo de los acuerdos (en el derecho positivo mal llamados “preacuerdos”) y las negociaciones se advierte un distanciamiento entre el modelo inicial socializado (previo a la implementación de la reforma procesal penal), la

misma Ley 906 de 2004, las reformas que a través de las leyes han restringido la aplicación de los incentivos de rebajas de pena y las decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y de la Corte Constitucional, puesto que su particular óptica ha distanciado uno de los objetivos iniciales del modelo acusatorio, que era hacer más eficiente el sistema penal. Por esa vía, pues, se ha estancado el número de procesos que podría evacuarse y reducir, así, los altos índices de casos que no evolucionan por estas situaciones, porque en ocasiones la defensa opta por ir a juicio oral con el fin de aprovechar los errores de la Fiscalía General de la Nación (bien sea por deficiencias en sede de investigación o por fallas en los fiscales delegados con ocasión de los cambios o por el simple trascurso del tiempo).

Así mismo, en segundo lugar, en los convenios entre las partes regulados por la ley procesal penal, el fiscal es la parte que tiene más limitado su margen de negociación: de un lado, en el ámbito legal: los tiempos para realizarse (desde la imputación hasta antes del interrogatorio al procesado, al inicio del juicio), los descuentos punitivos están taxativamente consagrados, no cuenta con discrecionalidad y, al contrario, está férreamente atado al principio de legalidad (algo paradójico, cuando se piensa en que se trata de la introducción del principio de oportunidad en sentido amplio), al punto de que debe sujetarse a los estrictos lineamientos jurisprudenciales tendentes a no vulnerar derechos o garantías fundamentales. Por otro lado, las limitantes administrativas, a través de las directivas del fiscal de turno, las pautas de política criminal (que no existen), etc.

Adicional a ello, en tercer lugar, debe decirse que dentro de los rasgos distintivos de este instituto procedimental penal está la intervención del ministerio público como vigía del cumplimiento de la Constitución y las leyes, de la protección de los derechos humanos, de los intereses de la sociedad y los colectivos (artículo 277 de la Constitución Nacional); un convidado más al debate que, no siempre, ayuda a jalonarlo por los mejores cauces.

Además, en cuarto lugar, un tema de vital importancia ajeno a las raíces del sistema adversarial estadounidense es la incorporación, por vía jurisper-

dencial, a través de los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, de la víctima como interviniente especial para que se le garanticen efectivamente los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en sus aspiraciones, por lo que los operadores judiciales necesariamente deberán convocarlas en las fases de suscripción, verificación y aprobación del preacuerdo, con el fin de darles oportunidad de oponerse y presentar sus inconformidades frente al mismo, si a ello hubiere lugar.

También, en quinto lugar, uno de los aspectos aludidos con frecuencia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia son los permanentes llamados de atención que se efectúan a los fiscales delegados de distintos niveles por su escaso nivel de preparación y por la realización de preacuerdos sin atender a las directrices legales, jurisprudenciales y del superior jerárquico. Esta situación ha originado que el nivel directivo del órgano de persecución penal haya establecido pautas para negociar el estado de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, cuando se trata de delitos que atentan contra determinados bienes jurídicos, y que, además, se hayan instaurado herramientas de seguimiento a casos como, por ejemplo, la priorización de asuntos, los comités técnico-jurídicos, oficinas de alertas tempranas, apoyos estratégicos a casos y situaciones, etc. Tampoco se descarta que a futuro se puedan implementar otras medidas a fin de controlar internamente la celebración de preacuerdos que atenten contra una de sus finalidades: aprestigiar la administración de justicia.

En fin, en sexto lugar, sin duda la institución de los acuerdos y las negociaciones en el procedimiento penal condensa dos fuertes tendencias dogmáticas en el ámbito procedimental: De un lado, el pragmatismo del sistema norteamericano, al parecerse en algunos aspectos al *plea bargaining*; y, de otro lado, al sistema continental europeo, al estar sujeto al principio de legalidad por la vía de la preservación de los derechos fundamentales de las partes. Como resultado de esta fusión, se llega al “sistema acusatorio colombiano”, que además de condensar las particularidades de nuestro sistema procesal penal, abarca la temática de los acuerdos, los cuales desempeñan un importante papel de cara a la mejor eficiencia y descongestión de las causas penales

y tienen unos rasgos distintivos que los confirman como una institución con identidad propia.

Referencias

- Armenta, T. (2012). *Sistemas procesales penales*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Auto (2005, abril 7). Colisión de competencias [Radicado N° 23312]. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2011, abril 27). Recurso de apelación. [Radicado N° 34829]. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2011, diciembre 7). Recurso de apelación. [Radicado N° 36367]. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2012, abril 18). Recurso de apelación. [Radicado N° 38146]. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2012, marzo 21). Recurso de apelación. [Radicado N° 38500]. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2013, agosto 14). Recurso de apelación. [Radicado N° 41375]. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2013, noviembre 20). Recurso de apelación. [Radicado N° 41570]. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP2370 (2014, mayo 7). Recurso de apelación. [Radicado 43523]. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP5286 (2017, agosto 17). Recurso de apelación. [Radicado N° 46507]. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2016, septiembre 26). Recurso de apelación. [Radicado N° 54001600607920118133201]. Magistrado Ponente: Edgar Manuel Caicedo Barrera. Tribunal Superior de Cúcuta [TSC], Sala de Decisión Penal [Colombia].

- Auto AP629 (2015, febrero 11). Declaratoria de impedimento. [Radicado N° 45280]. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP2677 (2016, mayo 4). Declaratoria de impedimento. [Radicado N° 47933]. Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP5266 (2018, diciembre 5). Recurso de casación. [Radicado N° 52535]. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2018, junio 18). Recurso de apelación. [Radicado No. 54001600113420130175802]. Magistrado Ponente: Luis Guiovanni Sánchez Córdoba. Tribunal Superior de Cúcuta (TSC), Sala Penal [Colombia].
- Barbosa, G. (2015, septiembre 9). *La estrategia en el proceso penal*. Ponencia presentada en el XXXVI Congreso colombiano de derecho procesal. Universidad Libre - Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá, D. C.: Colombia. <http://www.icdp.org.co/congreso/congreso2015/conferencistas/GerardoBarbosa.html>.
- Bernal, G. L. (2005). Las reformas procesales penales en Colombia. *Revista IUSTA*. 1(22).
- Bernal, J., & Montealegre, E. (2004). *El proceso penal* t. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Binder, A. (2019). Funciones sociales de las formas como base de una teoría de las formas procesales. *Revista en Ciencias Penales y Criminológicas* N° 1. <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=5baa7c7a9cb3615a2ebc5d2c4e867b95>.
- Buitrago, A. M. (2015). *Las modificaciones de postura en las líneas jurisprudenciales y su impacto en la sociedad y en la justicia*. XXXVI Congreso colombiano de derecho procesal (pp. 73-98). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Cancino, A. J. (2002). *La Fiscalía General de la Nación. Evolución histórica y análisis crítico*. Bogotá: Editorial ABC.
- Constitución Política de Colombia. (1991, julio 7). [CN].
- Corporación Excelencia en la Justicia. (2010). Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia [HTML]. <http://www.cej.org.co/index.php/publicaciones-categoria/73-justicia-penal/252-balance-de-los-primeros-cinco-anos-de-funcionamiento-del-sistema-penal-acusatorio-en-colombia>.
- Corporación Excelencia en la Justicia. (2015). *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004-2014)*. <https://www.cej.org.co/index.php/publicaciones-categoria/73-justicia-penal/254-balance-diez-anos-de-funcionamiento-del>

sistema-penal-acusatorio-en-colombia-2004-2014-analisis-de-su-funcionamiento-y-propuestas-para-su-mejoramiento.

Decreto 181 (1991, enero 29). [CPP]. Por el cual se expiden el Código de Procedimiento Penal. [Colombia]. *Diario Oficial No. 35.697 de 9 de febrero de 1981*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Decreto 2700 (1991, noviembre 30). [CPP]. Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal. [Colombia]. *Diario Oficial No. 40.190 de treinta de noviembre de 1991*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Decreto Ley 16 (2014, enero 9). Por el cual se modifica la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación y sus servidores. [Colombia]. *Diario Oficial No. 49.028 de nueve de enero de 2014*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Directiva No. 001 (2006, septiembre 28). Por medio de la cual se fijan directrices para la celebración de preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado. [Colombia]. Bogotá. D. C.: Fiscalía General de la Nación.

Directiva No. 001. (2018, julio 23). Por medio de la cual se adoptan lineamientos generales para imputar o preacordar circunstancias de menor punibilidad contenidas en el artículo 56 del Código Penal [Colombia]. Bogotá. D. C.: Fiscalía General de la Nación.

Fernández, W. (2003). De la cultura inquisitiva al principio acusatorio. *La Defensa - Revista de la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo*, 2, 19-23.

Fiscalía General de la Nación. (2006). *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio colombiano y Manual de Justicia Restaurativa*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.

Garzón, A., Londoño, C., y Martínez, G. (2007). *Negociaciones y preacuerdos* (1ª Ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Gaviria, V. E. (2008). *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio* (2ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gómez-Pavajeau, C. A. (2010). *Preacuerdos y negociaciones de culpabilidad*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Gómez-Colomer, J. L. (2010). Dogmática penal y proceso penal, algunas disfuncionalidades relevantes de la actualidad. *Cuadernos de Derecho Penal*, 3, 9-36.

Granados, J. E. (2005). Antecedentes y Estructura del Proyecto de Código de Procedimiento Penal. *Vniversitas*, 54(109), 11-71.

Granados, J. E. (1999). La propuesta de un nuevo Código de Procedimiento Penal. A. Fuentes Y J. Granados: *Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal* (pp. 3-73). Bogotá: Tercer Mundo Editores/Corporación Excelencia en la Justicia.

- Guerrero, O. J. (2004). El juez de control de garantías. R. Uprimny et al. *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano* (pp. 163-214). Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Guerrero, O. J. (2007). *Fundamentos teórico constitucionales del Nuevo Proceso Penal* (2 ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Jaramillo, J. G. (2013). *Manifestación de culpabilidad acordada. Una crítica constructiva o la evitación de una injusticia. XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Memorias* (pp. 682-692). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Langer, M. (2001). La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. J. B. J. Maier y A. Bovino (Comps.): *El procedimiento abreviado* (pp. 97-133). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ley 600 (2000, julio 24) [CPP]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República. [Colombia]. *Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 599 (2000, julio 24). [CP]. Por la cual se expide el Código Penal. Congreso de la República. [Colombia]. *Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, agosto 31). [CPP]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República. [Colombia]. *Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 1098 (2006, noviembre 8). [CIA]. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 46.446 de ocho de noviembre de 2006*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 1121 (2006, diciembre 30). Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 46.497 de 30 de diciembre de 2006*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 1453 (2011, junio 24). Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de la Infancia y la adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 48.110 de 24 de junio de 2011*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 1761 (2015, julio 6). Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 49.565 de seis de julio de 2015*. Bogotá: Imprenta Nacional.

- Ley 1526 (2017, enero 12). Por medio de la cual se establece un procedimiento especial abreviado y se regula la figura del acusador privado. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 50.144 de 12 de enero de 2017*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Lobo, A. C. (2016). La mediación penal como programa de justicia restaurativa en el procedimiento penal colombiano. *Cuadernos de Derecho Penal*, núm. 16, 51-87.
- López, D. (2009). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Editorial Legis.
- Lynch, G. E. (1998). Plea Bargaining: El sistema no contradictorio de Justicia Penal en EEUU. *Nueva Doctrina Penal*, 293-330.
- Machicado, J. (2013). Vicios del consentimiento. <https://jorgemachicado.blogspot.com/2013/03/vco.html>.
- Mestre, J. (2008). La eficacia de los preacuerdos en el derecho procesal penal colombiano. Ponencia en el XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Mestre, J. F. (2014). Indulgencias por colaboración con la justicia: El principio de oportunidad y los preacuerdos frente a la problemática de los falsos testigos. *Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 63-97). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Miranda, M. (2009). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal* (2ª ed.). Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Molina, R. (2012a). *La conformidad en el proceso penal. Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana*. Bogotá: Universidad de los Andes-Editorial Ibáñez.
- Molina, R. (2012b). Pena y proceso penal: Su relación con el principio de oportunidad en las legislaciones española y colombiana. R. Molina (Coord.), *Lecciones de derecho penal, procedimiento penal y política criminal* (pp. 533-570). Bogotá: Biblioteca jurídica Diké.
- Moreno, G. A. (2018). La retractación en la aceptación de responsabilidad unilateral. El caso colombiano a partir de la jurisprudencia. *Cuadernos de Derecho Penal*, (19), 83-115.
- Muñoz, O. (2006). *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos* (1ª ed.). Bogotá: Editorial Legis.
- Pérez, C. A. (2015). *Diez años de los Preacuerdos en Colombia y el paradigma sigue sin definirse*. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. 1, 99-124.
- Pérez, C. A. (2018). *Los preacuerdos en Colombia: Justicia negociada o negociación de la justicia*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Posada, R. (2009). El derecho penal en la era de la globalización vs. El derecho penal de la globalización alternativa. *Cuadernos de Derecho Penal*, 2, 7-36.
- Ramírez, Y. (2005) *Sistema Acusatorio Colombiano*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

- Real Academia Española.(2018). *Diccionario de la lengua española* (23ª ed.). <https://dle.rae.es/?id=R.Iawx64>.
- Resolución No. 0-1053. (2017, marzo 21). Por medio de la cual se reglamentan los comité-técnico jurídicos de revisión de las situaciones y casos [Colombia]. Bogotá, D. C.: Fiscalía General de la Nación.
- Reyes, L. J. (2010). *Allanamiento a cargos y preacuerdos en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Sánchez, A. F. (2016). *Acuerdos y allanamientos. Descubrimiento probatorio anticipado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sandel, M. J. (2011). *Justicia ¿hacemos lo que debemos?* Bogotá: Penguin Random House.
- Saray, N., y Uribe, S. (2017). *Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Salvamento del voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier a la sentencia SP2168 (2016, febrero 24). Recurso de casación. [Radicado N° 45736]. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia C-557 (2001, mayo 31). Demanda de inconstitucionalidad. [Expediente D-3264]. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-836 (2001, agosto 9). Demanda de inconstitucionalidad. [Expediente D-3374]. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-591 (2005, junio 9). Demanda de inconstitucionalidad. [Expediente D-5415]. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-979 (2005, septiembre 26). Demanda de inconstitucionalidad. [Expediente D-5590]. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-1154 (2005, noviembre 15). Demanda de inconstitucionalidad. [Expedientes D-5705 y D-5712, acumulados]. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-1195 (2005, noviembre 22). Demanda de inconstitucionalidad. [Expediente D-5716]. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-1260 (2005, diciembre 5). Demanda de inconstitucionalidad. [Expediente D-5731]. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional [Colombia].

- Sentencia T-091 (2006, febrero 10). Acción de tutela [Expediente T-1209857]. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-454 (2006, junio 7). Demanda de inconstitucionalidad. [Expediente D-5978]. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-209 (2007, marzo 21). Demanda de inconstitucionalidad. [Expediente D-6396]. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-516 (2007, julio 11). Demanda de inconstitucionalidad. [Expediente D-6554]. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-073 (2010, febrero 10). Demanda de inconstitucionalidad. [Expediente D-7836]. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-634 (2011, agosto 24). Demanda de inconstitucionalidad. [Expediente D-8413]. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-052 (2012, febrero 8). Demanda de inconstitucionalidad. [Expediente D-8593]. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-645 (2012, agosto 23). Demanda de inconstitucionalidad. [Expediente D-8922]. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-232 (2016, mayo 11). Demanda de inconstitucionalidad. [Expediente D-10901]. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia SU-354 (2017, mayo 25). Sentencia de unificación. [Expediente T-5.882.857]. Magistrado Ponente: Iván Humberto Escrucería Mayolo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia (2005, agosto 23). Recurso de casación [Radicado N° 21954]. Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2005, diciembre 14). Recurso de casación [Radicado N° 21347]. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2005, junio 22). Recurso de casación [Radicado N° 14464]. Magistrado Ponente: Édgar Lombana Trujillo. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Sentencia (2005, mayo 11). Recurso de casación [Radicado N° 22716]. Magistrado Ponente: Mauro Solarte Portilla. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2005, mayo 19). Sentencia de tutela [Radicado N° 20554]. Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2006, agosto 17). Recurso de casación. Radicado N° 25713. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2006, junio 1). Recurso de casación. Radicado N° 24764. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2006, mayo 4). Recurso de casación. Radicado N° 24531. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2006, octubre 19). Recurso de casación. Radicado N° 25724. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2007, septiembre 12). Recurso de casación. Radicado N° 27759. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2007, septiembre 6). Recurso de casación. Radicado N° 24786. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2008, abril 4). Recurso de casación. Radicado N° 25306. Magistrado Ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2008, abril 15). Recurso de casación. Radicado N° 28872. Magistrado Ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2008, octubre 27). Radicado N° 29979. Recurso de Casación. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2008, noviembre 11). Recurso de casación. Radicado N° 24663. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Sentencia (2009, julio 8). Recurso de casación. Radicado N° 31280. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2011, septiembre 5). Recurso de casación. [Radicado N° 36502]. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2012, febrero 1). Recurso de casación. Radicado N° 34853. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2012, julio 11). Recurso de casación. Radicado N° 38285. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2012, octubre 1). Recurso de casación. Radicado N° 38903. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2012, octubre 17). Recurso de casación. Radicado N° 33145. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2013, diciembre 4). Acción de tutela. [Radicado N° 70712]. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2013, febrero 6). Recurso de casación. Radicado N° 39892. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2013, junio 19). Recurso de casación. Radicado N° 37951. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2013, noviembre 13). Acción de tutela. [Radicado N° 70295]. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2013, septiembre 24). Acción de tutela. [Radicado N° 69478]. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP9379-2017 (2017, junio 28). Recurso de Casación. [Radicado N° 45495]. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar. Corte Suprema de Justicia [Colombia].

- Sentencia SP13939 (2014, octubre 15). Recurso de casación. [Radicado N° 42184]. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP14191 (2016, octubre 5). Recurso de casación. [Radicado N° 45594]. Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP14842 (2015, octubre 28). Recurso de casación. [Radicado N° 43436]. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP19617/2017 (2017, noviembre 23). Recurso de casación. [Radicado N° 45899]. Magistrado Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP16907 (2016, noviembre 23). Recurso de casación. [Radicado N° 46684]. Magistrados Ponentes: Fernando Alberto Castro Caballero y Eugenio Fernández Carlier. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP16933 (2016, noviembre 23). Recurso de casación. [Radicado N° 47732]. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP2168 (2016, febrero 24). Recurso de casación. [Radicado N° 45736]. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP3168 (2017, marzo 8). Recurso de casación. [Radicado N° 44599]. Magistrado Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP4394 (2018, octubre 10). Recurso de casación. [Radicado N° 52614]. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP338 (2019, febrero 13). Recurso de casación. [Radicado N° 47675]. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP384 (2019, febrero 13). Recurso de casación. [Radicado N° 49386]. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP4776 (2018, noviembre 7). Recurso de casación. [Radicado N° 51100]. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Sentencia SP5660 (2018, diciembre 11). Recurso de casación. [Radicado N° 52311]. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP594 (2019, febrero 27). Recurso de casación. [Radicado N° 51596]. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP7100 (2016, junio 1). Recurso de casación. [Radicado N° 46101]. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP9853 (2014, julio 16). Recurso de casación. [Radicado N° 40871]. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia STP2554 (2014, febrero 27). Acción de tutela. [Radicado N° 72092]. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sierra, D. (2016). El precedente: Un concepto. Revista *Derecho del Estado*, N° 36, 249-269.
- Torres, N. (2010). Populismo punitivo en Colombia: Una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de los delitos sexuales. *Cuadernos de Investigación* No. 84. Medellín: Universidad Eafit. <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/cuadernos-investigacion/article/view/1347/1218>.
- Velásquez, F. (2010). La justicia negociada: Un ejemplo del peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema. F. Velásquez, *Sistema Penal Acusatorio y Nuevos Retos* (pp. 13-42). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

El interviniente y el artículo 30 del Código Penal*

*Fernando Velásquez Velásquez***

Resumen: En este escrito, que el autor confeccionó a petición de la Corte Constitucional, se hacen diversas reflexiones atinentes a la ciencia de la Dogmática penal y a sus cometidos; en ese contexto, se lleva a cabo un estudio de la figura del interviniente prevista en el inciso final del artículo 30 inciso 4º del Código Penal. Con esas bases se solicita la declaratoria de constitucionalidad condicionada de la disposición, pero no por las razones esgrimidas por los demandantes –quienes solicitan declarar inexecutable la interpretación que ha hecho la Sala de Casación Penal de la Corte en jurisprudencia reiterada, por ser violatoria del principio de igualdad– sino por las que una demandan una debida construcción dogmática del derecho penal vigente.

Palabras claves: Autoría, constitucionalidad, dogmática penal, Código Penal, interviniente, principio de igualdad, programa penal de la Constitución.

Abstract: In this document, which the author prepared at the request of the Constitutional Court, various reflections are made regarding the science of Criminal Dogmatics and its tasks; In this context, a study is made of the figure of the intervener provided for in the final paragraph of Article 30, paragraph 4 of the Penal Code. With these bases, the conditional declaration of conditionality of the provision is requested, but not for the reasons put forward by the plaintiffs –who request to declare the interpretation made by the Court of Criminal Cassation in repeated jurisprudence, as violating the principle, unenforceable. of equality– but for which one demands a due dogmatic construction of the current Criminal Law.

* El concepto –fechado el 24 de marzo de 2017– fue solicitado mediante Oficio No. 1137 de 16 de marzo de 2017, en relación con la demanda contenida en el expediente D-11917 de 18 de enero de 2017, por medio de la cual se impugna la constitucionalidad parcial del art. 30 del Código Penal (inciso 4º). Como magistrado ponente actuó en ese momento el doctor Aquiles Arrieta Gómez, a quien se dirigió el escrito. La Corte Constitucional, mediante la Sent. C-015/2018, dispuso declarar executable el art. 30 inc. 4º del CP.

** Director del Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo de contacto: fernando.velasquez@usa.edu.co.

Keywords: Authorship, constitutionality, Criminal Dogmatics, Penal Code, intervenor, principle of equality, penal program of the Constitution.

En atención a la solicitud contenida en el Oficio de la referencia, formulada por la señora Secretaria General de esa corporación al tenor de lo señalado en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, que da cumplimiento a lo ordenado en el Auto calendado el día de siete de marzo de 2017 (folios 104 y ss., 109), se procede a participar en el debate académico propuesto en las calidades allí consignadas.

El problema debatido

En la demanda objeto de estudio se alega la inconstitucionalidad parcial del artículo 30 inciso 4° de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”, cuyo texto reza de la siguiente manera: “*Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte*”. Aducen los accionantes que

[...] la interpretación vigente del inciso final del artículo 30 del Código Penal –Ley 599 de 2000–, quebranta el principio de igualdad en la tercera acepción señalada por la H. Corte Constitucional, esto es, brinda un trato desigual y perjudicial a una categoría de personas –los partícipes de delitos especiales– que se encuentran en idénticas condiciones normativas a quienes, conforme a la interpretación actual de la Sala Penal (sic) de la Corte Suprema (sic), sí son destinatarios de la disminución punitiva consagrada en el mentado aparte del Artículo 30 CP –los coautores no cualificados– (folio 35, segundo párrafo).

Así las cosas, la impugnación se dirige no contra el tenor literal del texto (que, por lo demás, ya fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-1122 de doce de noviembre de 2008), esto es, a lo que se llama como *disposición*, sino al sentido o significado otorgado al interpretarlo (lo que, acorde con una importante corriente teórica en el ámbito de la teoría jurídica, se denomina como *contenido normativo* o *norma jurídica*) por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas decisiones que cobijan los últimos catorce años de

pronunciamientos. La acusación de inconstitucionalidad, entonces, se dirige contra la construcción académica hecha por el citado organismo, a cuyo efecto los demandantes acuden a una sólida jurisprudencia existente sobre la materia como se infiere de la “aclaración preliminar” previa al escrito (folios 2 a 10).

La crítica sobre las razones aducidas

La ubicación del asunto debatido.

Para empezar, honorables magistrados, se debe llamar la atención de esa corporación sobre la importancia de la problemática objeto de discusión que no es de poca monta, pues se trata de un asunto ligado a la *teoría del concurso de personas en el delito* (Velásquez, 2009a, pp. 1020 y ss.; Velásquez, 2009b, pp. 867 y ss.; Velásquez, 2017, pp. 565 y ss.) designación que no era usual en el derecho penal colombiano (se comenzó a emplear en Velásquez, 1994, pp. 532 y ss.; Velásquez, 1997, pp. 606 y ss.), y ésta, a su vez, a la *teoría de la tipicidad* que, añádase, es un capítulo muy importante de la construcción académica denominada como *teoría del delito*. Esta última alzada, que es uno de los componentes de la parte general del derecho penal (los otros dos son la teoría de la ciencia del derecho penal y la teoría de las consecuencias jurídicas del hecho punible: Velásquez, 2009a, pp. 30 y 31; Velásquez, 2009b, pp. 6 y ss.), es el más importante edificio teórico de la ciencia del derecho penal o *dogmática penal* a lo largo de los últimos casi doscientos años, sobre todo en países como Alemania y en los de su misma órbita cultural en estas precisas materias.

La dogmática jurídico-penal y la figura del interviniente.

Por supuesto, esta última disciplina –aunque se discute su carácter de saber científico–, forma parte de un verdadero modelo integrado de ciencia penal y se habla de ella en virtud de la influencia del derecho romano a partir

de la escuela de la exégesis francesa y de la jurisprudencia de los conceptos alemana, que tiene su máximo sistematizador en Rudolf von Jhering (1818-1892) quien, de forma paradójica, renegó de ella para postular en vez de una jurisprudencia dogmática una jurisprudencia pragmática de contenido sociológico (Velásquez, 2009a, pp. 39 y ss.; Velásquez, 2009b, pp. 13 y ss.).

Hecha estas precisiones, se debe decir ahora que la dogmática penal supone un derecho positivo reducido a categorías intelectuales (Hernández, 1945, pp. 102; Larenz, 1994, pp. 177 y ss.; Silva, 1992, pp. 149 y ss. 178); en otras palabras, es un saber que se puede caracterizar como un conocimiento racional, sistemático, exacto, verificable y, por consiguiente, falible, esto es, una ciencia (Bunge, 1980, p. 9). Desde un punto de vista literal dogmática significa ciencia de los dogmas, o sea, de las normas jurídicas dadas como verdades ciertas e indiscutibles (Roxin, 2006, p. 194). Por ello, en términos generales y desde la perspectiva de un enfoque tradicional, esta disciplina se ocupa del estudio de un determinado derecho positivo y tiene por finalidad reproducir, aplicar y sistematizar la normatividad jurídica, para tratar de entenderla y descifrarla, en plan de construir un sistema unitario y coherente; su objetivo, pues, es integrar el derecho positivo sobre el cual opera con conceptos jurídicos y fijar después los principios generales o dogmas que señalan las líneas dominantes del conjunto (Hernández, 1945, pp. 101 y ss.; Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, p. 79). De esta manera, desde este punto de vista, la dogmática puede ser calificada como un saber científico porque posee un objeto (el derecho positivo), un método (el dogmático) y unos postulados generales o dogmas.

Sin embargo, en la actualidad es insostenible un concepto como éste porque se abstiene de indagar la justificación y valoración de las normas jurídicas desde el punto de vista de la justicia social; semejante dogmática debe ser rechazada, porque privilegia el carácter sistemático de sus resultados por encima de la verdad o falsedad, identifica derecho con ley positiva, niega toda ontología social subyacente al análisis científico, sustituye la lógica de los problemas por los métodos de la lógica formal y separa teoría y praxis para dejar el saber jurídico librado a una axiología supuestamente

neutral. Sin duda, como se ha dicho, una dogmática que se contentara con la formación de tales conceptos y con la explicación de relaciones lógicas podría aportar a la solución de los problemas jurídicos tanto como nada (Larenz, 1994, p. 218).

Por ello, pues, las elaboraciones actuales añaden como tarea adicional de esta disciplina la introducción de valoraciones en el sistema normativo y plantean una dogmática crítica permeada por las elaboraciones propias de la política criminal y ésta, a su turno, íntimamente conectada con la criminología; esto es, hoy está claro que el pensamiento dogmático debe ser revisado para –sin abandonar la idea del sistema– conectarlo con la realidad, de tal manera que, al abrirle las puertas a los fines político criminales, se posibilite una dogmática internacionalmente aceptable, siempre con la meta de la búsqueda de soluciones viables para la práctica de los tribunales.

Así las cosas, honorables Magistrados, debe decirse que la dogmática jurídico-penal es el saber que se ocupa del derecho penal positivo, averigua el contenido, los presupuestos y las consecuencias de las normas jurídico penales, las cuales desarrolla y explica en su conexión interna; que ordena el material jurídico en un sistema, en el que tienen cabida las elaboraciones de los tribunales y de la doctrina; que intenta, en fin, hallar nuevos caminos de desarrollo conceptual y sistemático. Además, al retomar las diversas perspectivas jurídicas –para lo cual se remite a todo el ordenamiento jurídico– y extrajurídicas –a cuyo efecto acude a la política criminal y a la criminología–, emprende la crítica del derecho penal vigente y logra que las aportaciones criminológicas se traduzcan en exigencias político criminales las que, a su turno, se tornen en normas jurídicas, para completar así una ciencia penal totalizadora (Jescheck & Weigend, 2002, pp. 46 y 47). Queda, entonces, claro que su objeto de estudio tradicional es el derecho penal objetivo, sea que se le entienda en sentido material (la sustancia sobre la que versa dicho saber) o formal (el punto de vista desde el cual se analiza) (Cobo del Rosal & Vives Antón, 1999, p. 103); no obstante, en la discusión contemporánea es claro que el objeto rebasa el derecho positivo y se desplaza hacia las cuestiones jurídicas del derecho penal (Silva, 1992, pp. 105, 121 y 134),

o a las opiniones científicas emitidas por la doctrina jurídico penal o teoría científica del mismo (Roxin, 2006, p. 194: “la *Dogmática jurídico-penal* es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de las disposiciones legales, y de las elaboraciones de la doctrina científica en el ámbito del Derecho Penal”; Roxin, 1997, p. 192), con lo cual se abandona el objeto acuñado a partir del positivismo normativista tradicional para dar cabida a las elaboraciones propias del positivismo sociológico y se continúa, así, con el dualismo metódico que acompaña a la teoría general del derecho desde hace casi dos siglos.

Esta disciplina, si aspira a ser tal, debe tener un método que se desarrolla en tres momentos íntimamente conectados: *interpretación, sistematización y crítica*, aunque los expositores no siempre son coincidentes a la hora de ocuparse del asunto (Hernández, 1945, p. 102). Por ello, el penalista [que, como cualquier científico, trabaja con un conjunto de proposiciones que reciben el calificativo de verdaderas o falsas, y acude a su verificación mediante la observación: Bunge, 1980, pp. 41 y ss.] toma los datos (normas penales), los analiza y establece sus similitudes y diferencias y reduce lo que impera igual en un concepto único, unidades o dogmas (fase de la interpretación). La interpretación, pues –para lo que se acude a la deducción, inducción y abstracción– le permite al dogmático la elaboración de categorías o conceptos generales (vr.g. la teoría del delito; la participación criminal; la imputabilidad; la teoría de la pena y de la medida de seguridad, etc.). Con esas unidades o dogmas elabora una construcción lógica (teoría), en la que cada una de ellas encuentra su cabal explicación; luego, plantea hipótesis para determinar si la teoría funciona acorde con el texto legal en su conjunto y no se contradice, o sea, la verificación (fase de la sistematización). Ello posibilita, entonces, si se va desde lo general a lo particular, la aplicación de la ley penal al caso concreto.

Finalmente, como exigencia fundamental (bien afirman Berdugo *et al.*, 2010, p. 135, que “en nuestra situación histórico-cultural, admitir como postulado que la actitud del científico ante el objeto de análisis sea crítica aparece como exigencia de la propia naturaleza de la investigación científica.

La actitud acrítica en el científico le hace perder su condición de tal”), incorpora las elaboraciones criminológicas y político criminales a su sistema, y emprende tanto la crítica del derecho penal vigente como la construcción de una ciencia total del derecho penal (fase crítica); sin embargo, esta fase puede dividirse en intrasistemática y extrasistemática. La primera, es la que procede del mismo sistema jurídico y trata de precisar si la técnica legislativa empleada por el codificador ha sido utilizada en forma debida, de cara a los fines perseguidos los cuales no pueden ser otros que los plasmados en la Constitución. La segunda, en cambio, obliga al estudioso a situarse por fuera del ordenamiento jurídico y busca sustituir los criterios valorativos en los que este se asienta por los propios (aportaciones personales), a cuyo efecto cuestiona los valores del ordenamiento. En síntesis, esta es la fase del perfeccionamiento del sistema penal.

Como es obvio, y esto es vital para el desarrollo del problema examinado, un método así concebido tiene que respetar unas premisas determinadas, de tal manera que su aplicación sea rigurosa y confine la disciplina dentro de unos moldes estrictamente científicos, so pena de convertirse en un caos conceptual; por ello, las centenarias construcciones dogmáticas responden normalmente al imperio de tres leyes básicas (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, pp. 79 y 80), sin las cuales no habría sido posible entenderlas como se hace en el mundo contemporáneo.

En efecto, en primer lugar, la construcción doctrinal debe aplicarse exactamente al derecho positivo, pues ella se desarrolla sobre un ordenamiento dado cuyo contenido debe respetar, aunque tiene plena libertad de formas; es esta la *ley de compatibilidad legal*. En segundo lugar, es inherente a esta disciplina la unidad sistemática o falta de contradicción, pues la ciencia jurídica no puede entrar en contrariedad consigo misma, aunque sí romper con las nociones y principios admitidos con anterioridad, esta es la *ley* que se denomina *de completividad lógica*; y, para terminar, debe observarse la *ley de la belleza jurídica, de la armonía o de la estética*, dado que la elaboración teórica debe ser armoniosa o artística (Hernández, 1945, pp. 115 y 116). Pero como no se trata solo de llevar a cabo una elaboración coherente a partir de un

determinado derecho positivo, sino también de ofrecer perspectivas valorativas apropiadas, todos los principios que presiden la política criminal democrática deben servir de pauta al jurista (piénsese en los postulados de Estado de derecho, humanidad y culpabilidad).

Desde luego, no se busca afiliar la dogmática a una determinada concepción puesto que ella puede aplicarse para la interpretación de leyes con distintos cometidos ideológicos –por lo que se le puede calificar de “ciencia neutra” (Gimbernat, 1998, p. 160; Gimbernat, 1990)– pero sí de que ella respete la seguridad jurídica, de manera tal que no se ponga al servicio de posiciones totalitarias. Ahora bien, sería iluso plantear que la dogmática puede garantizar por sí misma la seguridad jurídica pero no postular que ella es condición para su logro. Lo que se busca, pues, es la construcción de una teoría del derecho penal que guarde armonía con los dictados propios del Estado democrático y posibilite la convivencia de amplias masas populares en sociedades abiertas y participativas; en fin, de una organización estatal que lleve a la realidad el programa ideológico promovido por la actual comunidad de naciones, concretado en los pactos mundiales de derechos humanos. Se requiere, entonces, como marco de cualquier construcción dogmática, un derecho penal de y para los derechos fundamentales de la persona humana, un derecho penal que –al advenir el nuevo milenio– solo puede ser mínimo o de garantías; al respecto, se debe partir de las elaboraciones del más grande iusfilósofo a lo largo de la historia de la humanidad en materias penales, el profesor Luigi Ferrajoli (1997; 2011a; 2011b).

En este contexto queda, pues, claro que para poder discutir con rigor académico el interesante asunto debatido es necesario partir de un determinado sistema del derecho penal que tenga como base el derecho positivo, las construcciones académicas y las elaboraciones de los tribunales; es indispensable, pues, que el asunto del interviniente no se aborde como una problemática aislada, tratada de manera caprichosa, deshilvanada, intuitiva –cosa muy habitual, como se observa por ejemplo en la exposición que se hace en la demanda en estudio–, como si no fuera evidente que lo discutido es toda

la construcción académica que se pone a prueba cuando se presta atención a cada una de sus partes.

Los yerros dogmáticos de la demanda.

Cuando se mira el sustento teórico que aparece consignado en la demanda objeto de estudio (folios 11 y ss.), se percibe que los accionantes no parten de una ordenación lógica de los conocimientos particulares alcanzados en la ciencia del derecho penal y, como diría el profesor alemán Bernd Schünemann, salta inmediatamente a la vista que esa “renuncia a toda construcción sistemática equivale a un permanente estado embrionario de la referida ciencia” (1991, p. 31).

El indebido encuadramiento del Código Penal de 1980.

Los primeros desaciertos se observan cuando ellos abordan, de forma intuitiva, caprichosa y sin ningún rigor, la legislación penal de 1980 para decir que allí no aparecía la figura de la “coautoría impropia” (folio 12); un engendro jurisprudencial y doctrinario creado para defender un concepto extensivo de autor y castigar a todos los intervinientes en el delito como autores, y que el legislador del año 2000 dijo haber derrotado de la codificación, aunque ya el art. 29 del Proyecto de CP de 1998 fue criticado (Cfr. Galán, 1998, p. 35) por darle cobijo a esa construcción que fue desechada cuando se le dio el tercer debate al Proyecto en la Comisión constitucional de la Cámara de Representantes (López, 2000, p. 619). O, cuando aseveran que en ese Código se identifican autoría y determinación y que en él no tenía cabida la autoría mediata (folio 12, *idem*). El padre de aquella inicua figura fue el finado Profesor Alfonso Reyes Echandía (1979, pp. 176-177), quien distinguió entre *coautoría propia* e *impropia*:

[...] se da la primera cuando cada uno de los copartícipes desarrolla integral y simultáneamente la misma conducta típica acordada por ellos, como cuando Pedro y Juan matan a Diego de sendos disparos de revólver; es, en cambio, impropia la coautoría cuando un mismo hecho típico es realizado comunitariamente y con división del

trabajo por varias personas que lo asumen como propio, aunque la intervención de cada una de ellas tomada en forma separada no se adecue por sí misma al tipo, como cuando Pedro, Juan y Diego deciden robar un almacén y lo hace(n) de tal manera que el primero distrae al vigilante, el segundo rompe las cerraduras de las puertas y el tercero se apodera de la mercancía".

Lo curioso, desde luego, es que el connotado autor colombiano (véase, 1979, p. 177 y nota 201) pretendió endosarle a Reinhart Maurach (1962, p. 331), el gran penalista alemán, tal distinción al transcribir su noción de coautoría, cuando lo cierto es que el autor citado no la utiliza, aunque sí habla de la "impropia autoría" para referirse a la llamada *coautoría sucesiva* o *accesoria* que es un evento de "autoría única con resultado casualmente coincidente, gracias tan solo a la fortuita concurrencia de las actuaciones volitivas" (Maurach, t. II, p. 348; también, p. 309).

Y esas imperdonables pifias, que mal se pueden llevar a un escenario como el que proporciona este importante debate académico, continúan cuando se dice que la teoría en materia del distinguo entre autor y partícipe sostenida por "algún sector de la doctrina" de la época (¡que para colmo no citan!), era la "teoría objetivo formal" (bien distinta a la *teoría formal objetiva* que se suele discutir cuando se expone la materia y que se corresponde con un momento histórico ya superado) (cfr. folio 13); y luego, convencidos de que hacen un gran aporte, cuando a partir de su afirmación a todas luces equivocada, en el sentido de que "la referencia al determinador como una modalidad de autoría daba lugar a considerar que el Código Penal de 1980 conservaba también *resquicios de la teoría subjetiva de autor*" (*idem*). Hacen, pues, un coctel explosivo entre una concepción "objetivo formal" y otra "subjetiva" (sobre el debate en esta materia a la luz del CP derogado, se puede ver a Velásquez, 1994, pp. 534 y ss.), que no tiene ni tenía entonces ninguna vocación de prosperidad como construcción académica máxime si aparece instalada en el vacío conceptual.

La teoría del dominio del hecho de la demanda y el CP de 2000.

Y, luego, las gratuitas e incoherentes afirmaciones también se emplean para referirse al Código de 2000, al cual edifican en esta materia sobre la que llaman *teoría del dominio del hecho*, muy mal definida y entendida: “...es autor quien dirige el curso del acontecer típico, independientemente de la forma que adopte su intervención” (folio 13, *idem*; cursivas añadidas); que, para acabar de ajustar, ahora pretenden (aunque a veces el texto parece ser obra de una sola persona porque se emplea el singular al redactarlo) contrastar con el modelo “ontológico” del CP de 1980. Recuérdese que, en medio de esta ensalada de palabras, se había dicho que esa normativa acogía una teoría “objetiva formal” y “subjetiva”; la misma que, por arte de gracia, ahora se convirtió en “ontológica”.

Sin embargo, para mayor sorpresa, afirman los accionantes que el patrón empleado por el legislador –como si las leyes se matricularan a determinadas concepciones que las hacen rígidas y pétreas– es un supuesto e imprecisado “modelo de autoría que no obedece a meras consideraciones ontológicas, pues también acude a estimaciones normativas y axiológicas” (folios 13 y 14). Por supuesto, si se hubiesen tomado el trabajo de consultar la doctrina especializada –lo cual no hacen porque, de forma estólida, solo citan a lo largo de la demanda a un autor español– hubieran sabido que el criterio del *dominio del hecho*, con gran tradición en la doctrina italiana –aunque nunca lo desarrolló a cabalidad– fue introducido en Alemania por August Hegler (1915; Castillo, 2006, p. 87), propulsado por Adolf Lobe (1933) y sistematizado por Hans Welzel (1939, pp. 539 y ss.).

Para este último expositor –a quien acompañan Reinhart Maurach (1962, p. 343) y Claus Roxin (1998; 2000; 2006, pp. 60 y ss.; 352 y ss.; 399 y ss.)–, en la medida en que el autor no reconozca una voluntad que domine la suya, se convierte en dueño del suceso (señor del hecho) que conduce a la realización del tipo, en tanto que el partícipe –al abandonar en el autor la decisión en torno a si el hecho debe llegar a su consumación– carece de tal dominio. El mérito del gran dogmático alemán fue haber logrado articular

dicho criterio dentro de su concepción finalista, con base en lo cual pudo afirmar:

[...] señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho" (Welzel, 1976, p. 145).

En igual sentido dijo Maurach (t. II, 1962, pp. 300 y ss.) que es “quien dolosamente tiene las riendas del acontecer típico”; así las cosas, en un homicidio es evidente que el dominio o el señorío del hecho lo detenta quien dispara sobre su enemigo, no así quien le presta el arma o le informa sobre el sitio donde puede encontrarlo. Por supuesto, y esto no tienen por qué saberlo los osados demandantes, aportes de trascendencia a este edificio teórico fueron realizados a lo largo de las últimas décadas por Claus Roxin –distinguido hace poco por una universidad colombiana con un doctorado *honoris causa*–, quien lo empotró dentro de su concepción funcionalista moderada (Roxin, 2000, pp. 60 y ss.) al hablar del “dominio funcional del hecho”, criterio con el cual se persigue –no solo distinguir al autor del cómplice– construir un concepto de coautoría que engloba a todo aquél interviniente que, en unión de otro u otros, domina la totalidad del suceso independientemente de que lo realice o no materialmente. Lo decisivo es, pues, que se tenga un “dominio funcional” y, se añade, que el aporte al hecho sea necesario o indispensable:

[...] se considera coautor a cualquier participante que en la etapa de la ejecución realice un aporte que sea presupuesto indispensable para la realización del resultado perseguido; esto es, aquél que, en virtud de su comportamiento funcional adecuado, hace posible que toda la empresa criminal se sostenga o se caiga (Roxin. 2000, p. 280).

No obstante, este criterio –que correctamente entendido es necesario para captar la problemática del interviniente como luego se verá– no es un principio universal (Heine & Weißer, 2014, p. 495) válido en todo lugar y en relación con cualquier derecho positivo, porque no funciona en tratándose de determinadas figuras y requiere de pautas complementarias. En efecto, no sirve por sí solo para precisar quien es autor en los llamados *delitos de inten-*

ción o figuras delictivas cuyo supuesto de hecho presenta un *plus* subjetivo, en los cuales el autor no solo debe dominar el hecho sino también aportar ese componente subjetivo o especial elemento del ánimo que el legislador ha plasmado (por ejemplo, en el hurto del art. 239 se exige “propósito de obtener provecho”).

Lo mismo sucede en los *delitos especiales* [*delicta propria*], los cuales requieren una determinada calificación en el autor que se deriva de la parte especial del CP sin la cual la conducta realizada no alcanza a ser típica, así el agente tenga el dominio del hecho y es discutible la consideración como autor del agente que solo tiene la calidad exigida (piénsese en la investidura de “servidor público” requerida en el peculado regulado en los arts. 397 y ss.). De hecho, Roxin (2000, pp. 352 y ss.) acuña una construcción paralela al “dominio funcional del hecho” que emplea en los “delitos de dominio” (delitos generales), para el caso la “infracción del deber especial extrapenal” para los que llama “delitos consistentes en la infracción de un deber”.

También, en los *delitos de propia mano* –así llamados desde Karl Binding (Roxin, 2000, p. 401)– encuentra dificultades el dominio del hecho, pues el autor debe realizar la conducta típica personalmente y de propia mano; por ello, se suelen dividir los tipos de propia mano en dos: a) los que requieren una acción corporal del sujeto activo (por ejemplo, el acceso carnal con menor de catorce años del art. 208) y b) los que sin requerir de una actuación corporal necesitan de una actuación personal (como la injuria del art. 220) (Castillo, 2006, pp. 114 y 115). Esto sucede, *verbi gratia*, en el acceso carnal o el acto sexual abusivo en persona puesta en incapacidad de resistir del art. 207, en el falso testimonio del art. 442 modificado por el art. 8° de la ley 890 de 2004, o en el incesto del art. 237 del CP) (Roxin, 2000, pp. 399 y ss.; Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, pp. 787).

Así las cosas, si dos o más personas realizan un delito de propia mano (por ejemplo, acceden coetáneamente a una incapaz de resistir), los tres son autores accesorios o independientes no coautores pues no comparten el dominio del hecho; así mismo, en los delitos de propia mano tampoco es

posible la autoría mediata (no realiza prevaricato el que, previa denuncia falsa, induce a un juez a dictar una sentencia equivocada: Castillo, 2006, pp. 116-117). Por supuesto, este criterio tampoco explica la autoría en los hechos imprudentes o culposos, en los cuales el autor no es quien domina el suceso sino el que ha causado el resultado típico, lo cual no impide que la acción final extratípica realizada por el agente no lo suponga, pero ello no tiene trascendencia para el legislador, esto al lado de otros cuestionamientos: parte de figuras extrajurídicas de las que extrae consecuencias de espaldas al derecho penal; como incluye un elemento subjetivo en el dominio del hecho, tiene dificultades para distinguir entre autoría y participación; conduce a una extensión del concepto de autor en algunas aspectos, como sucede en la coautoría, etc.) (cfr. Díaz y García Conlledo, 2004, pág. 43).

Así mismo, se cuestiona la admisibilidad de esta pauta en los hechos omisivos (Roxin, 2000, p. 462), pues en ellos el autor debe tener la posición de garante, aunque si varios obligados omiten realizar un deber común puede presentarse la coautoría; también, puede haberla si varios agentes, pese a no tener una obligación común, deciden omitir la acción encaminada a impedir el resultado aunque tienen el deber de hacerlo (Castillo, 2006, p. 119). Además, se debate si puede haber autoría mediata en estas figuras en torno a lo que se erigen dos corrientes: una que lo afirma (un guarda carcelario no impide, y puede hacerlo, que un prisionero dé muerte a otro); y, otra para la cual ello no es posible pues no se puede establecer un dominio dirigido del hombre de atrás sobre el mediador del hecho, pues aquel (el omitente) no puede ejercer ningún influjo sobre éste (Castillo, 2006, p. 120).

En fin, para que este criterio tenga una mejor presencia académica, su mentor se vio obligado a añadir una pauta auxiliar a la del dominio funcional del hecho, en cuya virtud el aporte realizado por el agente –para el caso en la coautoría– tiene que ser necesario o indispensable (esencial) y éste se debe producir en la fase ejecutiva del delito (teoría del aporte necesario), como por lo demás lo entiende el artículo 29 de nuestro Código Penal. Como es obvio, estas y otras críticas según las cuales –por ejemplo, se ha dicho (Castillo, 2006, p. 91) que como esta concepción parte del supuesto de que el do-

minio sobre el hecho total no está en manos del coautor particular sino que corresponde al sujeto colectivo como tal, contradice su punto de partida: si el dominio sobre el acontecimiento total “es el criterio para definir al autor y si este criterio, en el caso de la coautoría, solamente lo llena el ente colectivo como tal, entonces lógicamente no puede definirse con ese mismo criterio al coautor particular como autor”– no han evitado que esta construcción se extienda en la doctrina y la jurisprudencia alemanas (Heine & Weißer, p. 496, que la muestran como dominante en la discusión contemporánea), e incluso en la nacional (Sent. 26/10/2000, Rad.: 15610, CSJ; Sent. 21/04/2004, Rad.:18656, CSJ; 9/04/2006, Rad.: 22327, CSJ, aunque las confusiones en su empleo son evidentes y preocupantes) que, adviértase, no es consecuente a la hora de asumir sus consecuencias.

En síntesis: muy lejos de entender la construcción del dominio del hecho están los demandantes como para poder extraer alguna consecuencia en el plano teórico del concepto emitido por ellos y poder edificar, así, su pretensión encaminada a que se declare la inconstitucionalidad demandada.

El yerro en relación con la coautoría y otras imprecisiones.

Por supuesto, los desaciertos de la demanda continúan cuando los accionantes llaman como “*coautoría impropia*” a la figura de la coautoría plasmada en el artículo 29 Código Penal, como si no fuera evidente que se trata de una construcción lo suficientemente decantada por la doctrina nacional (Velásquez, 2009a, pp. 1053 y ss.; Velásquez, 2009b, pp. 899 y ss.; Velásquez, 2017, pp. 582 y ss.) y extranjera y que, recuérdese, por decisión del propio legislador histórico, no tiene ningún resquicio en el derecho vigente.

En efecto, está claro que esta figura se presenta cuando varias personas –previa celebración de un acuerdo común (expreso o tácito: Castillo, 2006, p. 236)– llevan a cabo un hecho de manera mancomunada, mediante una contribución objetiva a su realización. Desde luego, no es necesario que los coautores se conozcan, bien puede suceder que varias personas planifiquen y ejecuten un delito sin tener contacto personal y/o físico entre ellas; piénsese,

en efecto, en quienes a través de la internet planean una estafa a una entidad bancaria, o en los presos que, mediante señales sonoras, planean una fuga y la ejecutan (Castillo, 2006, p. 237). Dicha construcción, pues, se basa también en el *dominio del hecho final-social* (la nota de social se le añade como parte de la construcción de la teoría del delito que se adopta; véase, Velásquez, 2009, t. I, pp. 588 y ss., t. II, 1034-1035; Velásquez, 2009b, pp. 882-883) –que aquí es colectivo y de carácter *funcional*– por lo que cada coautor domina todo el suceso en unión de otro o de otros (Roxin, 2000, p. 280; Jescheck & Weigend, 2002, pp. 725-726; Heine & Weißer, p. 500), aunque existen opiniones en contra (Díaz y García Conlledo, 2004, p. 55).

A lo anterior, añádase, esas elaboraciones las pretenden edificar en la que califican como “la más reputada doctrina” referida al Código Penal de 2000, aunque solo citan a un autor –para el caso al jurista Miguel Díaz y García Conlledo quien, señálese, pretende que sus construcciones levantadas a partir de la legislación española son válidas en Colombia, como si el derecho vigente fuese el mismo– y olvidan que esta problemática ha sido objeto de múltiples desarrollos por la propia academia nacional (cfr. Arroyave, 2000; Arroyave, 2011; Fernández 1986/1989; Fernández, t. I, 2004; Fernández, 2012; Gómez, 2001; Gómez, 2003; Gómez, 2005; Salazar, 2007; Salazar, 1987, pp. 17 y ss.; Salazar, 1992; Salazar, 2011; Suárez, 1998; Suárez, 2007; Velásquez, 2002; Velásquez, 2004; Velásquez, 2007; Velásquez, 2009a; Velásquez, 2009b; Velásquez, 2010; Velásquez, 2013; Velásquez, 2014; Velásquez, 2017, pp. 569-607) y, para no ir muy lejos, cómo desconocer los aportes de autores como Fernández Carrasquilla quien, con independencia de que se compartan o no sus opiniones (a ratos imprecisas), le dedica a la problemática un análisis muy serio y detenido (2012, vol. II, pp. 783-935) que los autores de la demanda ignoran de manera imperdonable.

Es más, los accionantes –en plan de diferenciar entre autores y partícipes– vuelven a citar al autor hispano de quien transcriben un párrafo en el cual ni siquiera se ocupa de esa problemática (Díaz y García Conlledo, 2004, pp. 33 y ss.), no sin antes hacer una afirmación que sorprende, porque envuelve una evidente confusión conceptual: “*La vinculación entre autoría y*

tipicidad o, lo que es lo mismo, entre autoría y el fundamento en abstracto de la punibilidad...” (folio 15). Desde luego, nadie que haga un planteo serio en estas materias podrá afirmar que la categoría dogmática de la tipicidad se confunde con el “fundamento abstracto de la punibilidad”, dos cosas completamente distintas, así sea para reiterar que el modelo adoptado por el legislador se basa en “consideraciones fácticas u ontológicas” y a “razones de orden jurídico o normativo” (folio 16). ¡De esta manera, los demandantes parecen despedirse de su extraña “teoría del dominio del hecho” expuesta en sus comienzos!

El descenso a la problemática del interviniente.

Aquí las incorrecciones se observan una vez más: se empieza por afirmar que el artículo 30, todo, es un dispositivo amplificador del tipo penal cuando es lo cierto que no son los textos legales los “dispositivos” sino las figuras plasmadas en ellos. Además, llama la atención que se entienda la complicidad en el hurto como el “auxilio al apoderamiento”, con el olvido de las propias fórmulas legales que con toda claridad distinguen diversas modalidades de complicidad: “Quien *contribuya a la realización* de la conducta antijurídica o *preste una ayuda posterior*, por concierto previo o concomitante a la misma” (art. 30 inciso 3º), sea que la complicidad se califique de necesaria o necesaria en atención, al “*mayor o menor grado* de eficacia de la contribución o ayuda” (art. 61 inc. 4º) (Velásquez, 2009a, pp. 1080-1087; Velásquez, 2009b, pp. 922 y ss.; Velásquez, 2017, pp. 593-596).

Y ello, justo es recordarlo, les permite hablar de un “concepto restrictivo y diferenciado de autor” (p. 16) como si no fuera evidente que el concepto de autoría que prevé la legislación penal (salvo el grave yerro en materia de determinación y las escabrosas construcciones que a veces asoman en la parte especial) es diferente para las figuras dolosas y culposas, como también sucede en el derecho comparado: restrictivo para las primeras y extensivo para las segundas (Heine & Weißer, 2014, p. 487). El contraste más fuerte se aprecia en las posturas finalistas, que se ven obligadas a trabajar con un concepto

final de autor (hechos dolosos) y otro causal (hechos culposos) (cfr. Welzel, 1976, pp. 143 y ss.; Jescheck & Weigend, 2002, pp. 697 y ss.).

De nuevo, pues, se observa como las propuestas que se hacen no responden a un sistema ordenado de conocimientos, no presuponen un sistema del derecho penal del cual se parta, sino que son producto de afirmaciones no fundadas que no tienen pleno asidero teórico y legal. Por eso, se asevera que –en atención al principio constitucional de la igualdad plasmado en el artículo 13 que se estima violado– se debe dar un trato distinto “a quienes concurren fácticamente al hecho de forma diversa o tienen condiciones jurídicas distintas que son fundamento de punibilidad” (p. 17); esto, por supuesto, para cobijar a determinadores y a cómplices.

El problema es que los demandantes no reparan en la grave violación al principio de la igualdad constitucional que se deriva del propio inciso 2° del artículo 30 y que ya se apuntó más arriba –en aparte que, por supuesto, no es el demandado por ellos– en el cual se equiparan la pena del autor y la del determinador (que debería llamarse *instigador*: “*Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción*”; léase de otra manera: se le impone al *autor* la misma pena del *partícipe* en sentido estricto, lo cual es propio no de un concepto restrictivo de autor sino de uno extensivo que va de la mano de un derecho penal de autor no de uno de acto. Esto último es fundamental, por supuesto, para un mejor entendimiento dogmático del último inciso del artículo 30, que es el demandado, como luego se dirá.

Por ello, en desarrollo del programa penal de la Constitución, en especial de los principios de acto, lesividad, proporcionalidad y culpabilidad –y, por supuesto, el de igualdad–, se ha planteado de parte nuestra que la pena imponible al determinador (*partícipe* en sentido estricto) no puede ser igual a la del autor sino que puede llegar a serlo en atención a las formas, grados y modalidades que asuma esa especie de participación criminal en sentido estricto, porque

[...] la ley indica que “incurrirá en la pena prevista para la infracción”, que –de entenderse literalmente– conducirá a aplicarle al inductor siempre la misma sanción que

al autor, tal como también preconizan otros derechos penales como el alemán y el español; no obstante, si se tienen en cuenta las consideraciones ya hechas, nada se opone a que el fallador imponga una pena inferior cuando sea evidente que la actividad desplegada por el agente no tenga la profundidad suficiente como para determinar por sí sola al autor, máxime que se trata de una equiparación muy discutible desde la perspectiva criminológica amén de injusta. No a otra conclusión puede llegarse en aplicación de los principios de proporcionalidad, necesidad, razonabilidad (idoneidad o adecuación del medio al fin) y culpabilidad, desarrollados en este punto por los arts. 3º, 12 y 61 del CP, y gracias a consideraciones de justicia material, como ya se explicó. *Es, pues, imprescindible admitir la existencia de grados de instigación para no tratar a todos los intervinientes de igual manera, so pena de atentar contra los postulados inspiradores de la codificación e incurrir en marcadas injusticias; por lo demás, eso hace el legislador cuando dispone que se les atenúe la pena en la cuarta parte (1/4), cuando se tratare de su participación en tipos de sujeto activo calificado o de propia mano* (art. 30, inc. 4º) (Velásquez, 2009a, p. 1088, cursivas añadidas; también, Velásquez, 2009b, p. 929; ya, con ocasión de la exposición que hicimos referida al CP de 1980, también se hizo una elaboración similar, en Velásquez, 1997, p. 633).

Situación todavía más difícil cuando en la Parte especial del Código Penal se castiga en diversos casos al inductor (determinador) no solo con la pena del autor sino con penas todavía más graves, con lo cual se derrumba el programa penal de la constitución. Al respecto, se ha expresado:

[...] se prevén en forma autónoma en la Parte especial modalidades de determinación o instigación como sucede con el constreñimiento para delinquir (art. 184), la instigación a delinquir (art. 348), la incitación a la comisión de delitos militares (art. Art. 349), la instigación a la guerra (art. 458), la apología del genocidio (art. 102) y el soborno (art. 444). Además, se observan diversos casos en los que se asimilan expresamente autores e inductores: al castigar los actos de terrorismo se impone la misma pena al que realiza dichos comportamientos, pero también a quien los "ordene llevar a cabo" (art. 144), lo mismo en materia de drogas ilícitas cuando se equipara a quien cultive o conserve plantaciones ilegales con quien las "financie" (art. 375); figuras similares se encuentran en los arts. 232, 263 incs. 2º y 3º, etc. En fin, incluso hay eventos en los que se castigan de forma autónoma situaciones constitutivas de determinación sin que el comportamiento al que es determinado el agente sea punible, como acontece con la inducción o ayuda al suicidio (art. 107), la inducción a la prostitución (213) o el constreñimiento a la prostitución (art. 213) que, por ende, no son casos de concurso de personas en el delito (Velásquez, 2009a, p. 1039; Velásquez, 2009b, pp. 886-887; Velásquez, 2017, pp. 575 y ss.).

Y ese punto de partida equivocado, les permite a los demandantes plantear que la interpretación constitucional correcta en materia de la figura del interviniente plasmada en el inciso 4° del artículo 30, es la sostenida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia que, desde 2003, fue objeto de profundos replanteamientos (Sent. 25/04/2002, Rad.: 12191, CSJ) para adoptar una línea que –a grandes rasgos– ha permanecido estable desde ese año hasta la fecha, no empee lo cual los accionantes la estiman fruto de una interpretación inconstitucional (Sent. 8/7/2003, Rad.: 20704, CSJ, que se ha reiterado en decisiones como las siguientes: 23/9/2003, Rad.: 17089, CSJ; 11/2/2004, Rad.: 18050, CSJ; 15/6/2005, Rad.: 20528, CSJ; 26/4/ 2006, Rad.: 22146, CSJ; 21/3/2007, Rad.: 19794, CSJ; 23/1/2008, Rad.: 28890, CSJ; 20/2/2008, Rad.: 26146, CSJ; 17/9/2008, Rad.: 26410, CSJ; 13/4/2009, Rad.: 30125, CSJ; 3/12/2009, Rad.: 31810, CSJ; 11/12/2012, Rad.: 42312, CSJ; A. AP1184-2014, CSJ; A. AP4442-2014, CSJ; y, AP211-2016, CSJ).

En otras palabras: la demanda examinada, así no se quiera reconocer de manera explícita, pretende que la Corte Constitucional avale por esta vía la interpretación sostenida en la primera de esas decisiones, que, además, de forma oculta, se quiere convalidar mediante el pronunciamiento de constitucionalidad contenido en la sentencia C-1122 de doce de noviembre de 2008, cuando es lo cierto que esa providencia se refiere a ambas decisiones de 2002 y de 2003, sin terciar en el debate.

Consideraciones sobre la figura del interviniente

Llegados a esta altura del análisis procede, ahora, a partir de las bases ya echadas y en atención a las críticas hechas a las razones plasmadas en la demanda, ocuparse la postura académica que se considera más viable de cara al cabal entendimiento dogmático de la figura contenida en el inciso 4° del susodicho artículo 30, para lo cual se parte de elaboraciones nuestras consignadas en diversos trabajos previos (nuestra tesis se expuso por primera vez el día

19 de enero de 2002, antes de que la H. Corte Suprema de Justicia hiciese su primer pronunciamiento al respecto, en Velásquez, 2002, pp. 458-460; se mantuvo en Velásquez, 2004, pp. 467-469; Velásquez, 2007, pp. 464-466; Velásquez, 2010, pp. 593-596; Velásquez, 2013, pp. 598-601; y Velásquez, 2014, pp. 598-601. También, Velásquez, 2009a, pp. 1090-1094; Velásquez, 2009b, pp. 931-934; Velásquez, 2017, pp. 598-601), con la advertencia de que este asunto ya había sido objeto de estudio de nuestra parte a la luz del CP de 1980. En efecto, al criticar una reiterada jurisprudencia que, entonces, trataba estos eventos con la atenuante propia de la complicidad (a cuyo efecto se citaba a la doctrina argentina que se basaba en el texto de su Código Penal) que no estaba prevista, se dijo que la única solución respetuosa del principio de legalidad en estos casos era la impunidad en relación con dichos ilícitos; incluso, se advirtió que

[...] una posible vía de solución sería establecer una atenuante para el *extraneus*, que se correspondiese con su grado de injusto y de culpabilidad; o, sencillamente, establecer su punición a título de cómplice, como se pretende hacer acudiendo a la analogía *in malam partem* (Velásquez, 1994, p. 547; allí, de forma expresa, se cita la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de tres de junio de 1983).

Así las cosas, a no dudarlo, la ley penal –en lo que constituye un claro desarrollo del *principio de proporcionalidad* o de *prohibición de exceso*, que, como ya se dijo, es “norma rectora” de la ley penal colombiana de rango constitucional– dispone una disminuyente punitiva, aplicable a todo aquel que intervenga en la realización de un *tipo especial* sin tener las calidades exigidas para el sujeto activo, o en uno que exija la realización personal y directa de la conducta típica, esto es, los llamados *tipos de propia mano* (inc. 4º) –naturalmente, solo aplicable si se excluye la figura del *actuar por otro* de que trata el art. 29 inc. 3º que, así los demandantes no lo creen, responde a una estructura dogmática bien distinta (cfr. Gracia, 1985; Gracia, 1986)–, así se infiere de la redacción legal: “*Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte*” (sobre esta fórmula, véase Díaz y García Conlledo, 2005, pp. 49 y ss.).

El texto, entonces, se refiere no solo a la realización de la conducta típica por un agente que detenta un oficio, condición o situación determinada, sino a la llevada a cabo por el sujeto que tiene las posibilidades de hacerlo en forma directa y personal; por ello, pues, la redacción emplea el adjetivo “*especial*” que designa no solo lo singular o particular, sino también lo que es adecuado o propio para algún efecto, amén de que ambas situaciones son “exigidas por el tipo penal” en los términos ya dichos.

Ahora bien, cabe preguntar: ¿cuáles son los *intervinientes* amparados por dicha atenuante punitiva? Al respecto, debe decirse lo siguiente: En primer lugar, la disposición se refiere a todas aquellas personas que concurran en la realización de la conducta punible sin tener las calidades exigidas en el tipo especial (*intraeius*) o que no puedan ejecutar por sí mismas la conducta punible (*de propria mano*); ellas no pueden ser castigadas con la misma pena señalada para el sujeto activo calificado o para el autor de propia mano porque, por razones de índole dogmática y político criminal, se estima que deben ser sometidas a una punición inferior atendido el menor grado de su injusto. Sin embargo, para Díaz y García Conlledo (2005, p. 74) y Miguel Córdoba Angulo (2004, pp. 82 y 93), sin ningún fundamento, solo quedan comprendidos los partícipes en sentido estricto; lo mismo que postulan los demandantes. No lejos de esa postura, Fernández Carrasquilla (2012, pp. 858, 913 y 925) para quien los “*intervinientes*” son simple “partícipes” y nunca “autores”.

En segundo lugar, dado que la propia Ley penal asimila para efectos punitivos al instigador (determinador) con el autor (cfr. art. 30 inc. 2º) –con la advertencia de que, como ya se indicó, no necesariamente esa equiparación punitiva se debe producir en todas las formas de determinación–, también parece obvio que por disposición de la misma ley el inc. 4º cobije a esta modalidad de partícipes cuando sean castigados como el autores; ello parece claro: el inductor que no reúne la calidad exigida en el tipo penal (por ejemplo la de servidor público, en los tipos especiales) o que determina a otro a realizar un tipo de propia mano –por ejemplo el tipo de acceso carnal violento del art. 205 del CP– debe ser sancionado con una pena más suave porque el monto de su injusto es diferente. Y, a su turno, el interviniente inductor

que tenga la calidad especial (por ejemplo, que también sea servidor público), no puede acogerse al tratamiento más benigno pues el inc. 2° del art. 30 lo sanciona con la misma pena del autor especial y no le reconoce la atenuante del inciso 4° que solo es para el interviniente que no tenga esa calidad.

En tercer lugar, debe hacerse alusión a los cómplices. ¿Qué sucede con ellos? Pese a que, en apariencia, la expresión *interviniente* parece darle cobijo a esta modalidad de partícipes y así se podría inferir del tenor literal de la Ley –argumento lingüístico, que es el sostenido en la providencia de la Sala de Casación Penal de 2002 ya recogido por ella, por inconveniente y que, ahora, los demandantes pretenden resucitar–, la verdad es que ella no queda contemplada dentro de la fórmula porque el mismo legislador prevé una regulación expresa en la que se comprenden las diversas especies de complicidad (primarios o secundarios, necesarios o no necesarios, sea que contribuyan o ayuden a la realización de la conducta típica y antijurídica del autor del injusto:), según ya se dijo (arts. 30 inc. 3° y 61 inc. 4°), con una diminuyente punitiva que fluctúa entre la sexta parte y la mitad que se aplica a cualquier cómplice, sea que el autor del injusto requiera o no una determinada calidad, sea o no de propia mano. Mal se puede, entonces, predicar que la diminuyente del inc. 4° también se aplica a los cómplices, porque ello llevaría a inventar una inconcebible doble rebaja para los mismos –la de los incisos 3° y 4°, que es lo pretendido por los demandantes escudados en la susodicha sentencia–, así se acuda a un argumento deleznable: la regulación de la figura dentro del art. 30 destinada a los partícipes en sentido estricto.

Sobre ello, es importante confrontar las posturas de Díaz y García Conlledo (2005, pp. 76-77), que hace esfuerzos mayúsculos por acomodar las fórmulas colombianas a su propia concepción. En el mismo sentido, apegados a la mera literalidad del texto, Alberto Suárez Sánchez (2001, pp. 13 y ss.; 2007, p. 523; 2004, pp. 97 y ss.), Alberto Hernández Esquivel (2004, pp. 97 y ss.); Yesid Reyes Alvarado [2005, pp. 552 y ss.) con el pretexto de que las posiciones ajenas a la suya implican “soluciones dogmáticamente insatisfactorias” (¿acaso solo hay una forma de hacer dogmática?) cuando no “vulneradoras de principios fundamentales como el de legalidad”, afirmación ésta

última que se pierde el vacío pues su autor no logra demostrarlo (p. 559); William F. Torres Tópoga (2005, p. 101, que habla de un “doble desvalor de injusto”); Córdoba Angulo [2004, p. 82) quien, incluso, consciente de su error, se ve obligado a “cambiar” la redacción legal tomando como punto de referencia la legislación alemana bien distinta en este punto: “una fórmula sencilla de solución (¿?) del último inciso del artículo 30 hubiese sido utilizar la expresión «partícipe» en lugar de «interviniente», con lo cual se habría hecho claridad (sic) que dicha disminución solo cubija a los determinadores o cómplices” (2004, p. 83, especialmente nota 34); Diana Patricia Arias Holguín & Juan Oberto Sotomayor Acosta (2006, p. 183) que, con olvido del derecho positivo, pretenden que la fórmula solo es aplicable a los que llama “delitos especiales impropios” mas no a los “propios” que no consideran punibles (!); José Joaquín Urbano Martínez (2004, p. 216) y, en fin, Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau (2004, p. 133).

Ahora bien, en relación con las dos posturas jurisprudenciales debe decirse lo siguiente: De un lado, la primera decisión de Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (ratificada mediante otra: Recuérdese, Sent. de 25/4/2002, Rad.: 12191, CSJ, ratificada mediante Sent. de 20/6/2002, Rad.: 18569; en esta misma línea de reflexión, Mejía, 2008, pp. 5 y ss.), al hacer una desafortunada lectura gramatical del texto en todo caso ajena a las construcciones dogmáticas, sostiene:

Pero si se trata de un particular que interviene participando como cómplice de una estas infracciones, su pena es la que corresponde a la naturaleza secundaria de su grado de participación (CP art. 30, inc. 3º), a su vez disminuida en una cuarta parte tal cual lo prevé el inciso final de la misma disposición.

Por supuesto, no se necesita tener dos dedos de frente para afirmar que la tesis de la doble atenuación (¡doble desvalor del injusto!) es un absurdo dogmático (no se puede ser a la vez cómplice e interviniente en un mismo injusto, a no ser que se tratase un nuevo milagro de la multiplicación de los panes y de los peces esta vez de naturaleza punitiva; tampoco puede ser “cómplice” quien es “autor” sin la calidad especial exigida por el tipo), legal (la ley no la prevé y solo existe en la imaginación de algunos de sus comentaristas que,

apegados a argumentos literales, pretenden que la ubicación de la figura en el art. 30 es definitiva) y político criminal (con ese punto de partida, es más beneficioso desde el punto de vista punitivo ser cómplice de un tipo especial que de uno común), que se cae de su propio peso.

El asunto parece tan claro que un autor como Fernández Carrasquilla hace esta afirmación que aparece en medio de una exposición que no es del todo coherente:

[...] *Pero no hay razón para operar al "interviniente" una "doble rebaja": una como cómplice y otra como "interviniente" no calificado en el delito de un intraneus, ya que para la ley (CP, artículo 30) son "partícipes" el instigador, el cómplice y el "interviniente" y para cada uno de ellos se prevé una escala penal distinta: para el instigador, el mismo marco penal estipulado para el autor, para el cómplice ese mismo marco con una rebaja de "una sexta parte a la mitad" y para el "interviniente" (no calificado) ese marco con una reducción en "una cuarta parte" (2012, p. 896, cursivas añadidas).*

Y, como si ello fuese poco, Filemón Torres Vásquez al referirse a la doble atenuante para los cómplices, dice lo siguiente:

Esta interpretación no parece acertada; en efecto, como ya se indicó en el primer párrafo de este apartado, los delitos especiales son considerados particularmente graves. Siendo así, una interpretación teleológica de la norma citada debe llevar a la conclusión de que la rebaja a la que se contrae el inciso final del artículo 30 tiene que entenderse como única, pues la rebaja del inciso penúltimo, por ser más generosa, debe ser aplicada solo al partícipe de un delito común, que se considera menos grave que un delito especial. *Una interpretación diversa estaría indicando que el legislador quiso premiar a los partícipes que aquí se hace referencia, lo cual no resiste una interpretación racional (Torres, 2011, p. 464, cursivas añadidas).*

A su turno, de otro lado, la segunda providencia de 2003 que abre un nuevo entendimiento del asunto –y que, de forma curiosa, contó con la intervención de gran parte de los magistrados que suscribieron la citada en precedencia, sin que ni siquiera salvaran el voto a aquella– rectificó de forma parcial esa improcedente postura (cfr. Sent. 8/7/2003, Rad.: 20704, CSJ), al señalar que la fórmula solo se refería al autor no calificado con exclusión de los partícipes (críticamente, Díaz y García Conlledo, 2005, pp. 51 y ss.),

asunto discutible en la medida en que la voz “interviniente” también puede cobijar a otros que tengan una calidad diferente a la de autores.

Esta última providencia, sin duda, abre mejores caminos para el entendimiento del asunto, pero debe ser profundizada por las siguientes razones: olvida, que el mismo tratamiento punitivo señalado en el inciso 4° del artículo 30 se le debe dar al “autor” (lo ponemos entre comillas porque no es verdadero autor así llegare a tener el dominio del hecho) que no realiza de propia mano la conducta típica y antijurídica; además, echa de menos que, por expreso mandato legal, como ya se dijo, la diminuyente también cobija a los “determinadores” o instigadores que no tienen la calidad especial lo que, además, se explica por elementales razones de justicia material y, por ende, atendidas consideraciones de naturaleza político-criminal.

En fin, el principio de prohibición de exceso impone, como mínimo, que al determinador *extraneus* se le reduzca también la pena porque de no ser así se llegaría a otro absurdo: la diminuyente para el interviniente se le reconoce a quien es “autor” sin la calidad especial pero no a quien es determinador del mismo autor especial que, por ende, resulta tratado de forma más severa desde el punto de vista punitivo. Y a ello añádase que, de no procederse así, se vulnera el principio constitucional de la igualdad de trato previsto en el artículo 13 de la Carta Fundamental.

Así las cosas, con la construcción adoptada por el legislador de 2000 solo se resuelve de forma parcial el problema planteado por la codificación derogada, que no traía herramienta alguna para sancionar de manera más benigna al interviniente que no reunía las calidades exigidas por ciertos tipos, o que requerían del agente la realización personal y directa. Es más, cabe decir que el dispositivo legal adoptado se compadece plenamente con la asunción del criterio del dominio del hecho como herramienta fundamental para la construcción de la teoría del concurso de personas a partir del texto positivo; sin embargo, la fórmula legal debe dar cobijo a las diversas hipótesis en las cuales no es posible explicar la autoría con base en ese criterio, de tal manera que se zanjen discusiones inútiles que tanto daño hacen a la administración

de Justicia y, por supuesto, a la seguridad jurídica. Por ello, también quedan comprendidos en ella los delitos de propia mano y, por supuesto, los delitos de intención, con lo cual se acoge a plenitud el mandato constitucional de igualdad y se le da al dispositivo legal una interpretación que, en todo, y sin ningún asomo de construcción artificiosa, se acomoda a los dictados de la Constitución y a su programa penal.

Petición

Como consecuencia de todo lo expuesto, de la forma más respetuosa, le solicito a la honorable Corte que en relación con la petición de inexecutable parcial del inciso 4° del art. 30 de la Ley 599 de 2000, por las razones ya anotadas y en uso de las herramientas constitucionales que muy bien explica la demanda en su primera parte, se sirva declarar la *executable condicionada* de la *norma* demandada (¡no de la *disposición!*), en el entendido de que la atenuante allí prevista también cobija a quien tenga la calidad de determinante o instigador. Así mismo, se debe expresar que las “*calidades especiales*” a las cuales hace referencia la textura legal, se refieren no solo a los tipos de sujeto activo calificado sino a los de propia mano.

La anterior solicitud, se repite, es producto de que la línea jurisprudencial hoy vigente comporta una interpretación que es violatoria del principio de igualdad de trato que tiene rango constitucional, como bien lo han demostrado de forma parcial los demandantes, así no se coincida con ellos en la interpretación propuesta que es –a todas luces–, inconstitucional y contraria a la construcción dogmática que emerge del texto del Código Penal de 2000.

Referencias

Arias, D. P. & Sotomayor, J. O. (2006). Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la “teoría de los delitos de infracción del deber”. *Derecho Penal Contemporáneo*, 15, 133-190.

- Arroyave, R. (2000). *La coautoría impropia. Figura extraña a la lógica y a la ley penal colombiana*, 1ª ed., Medellín: Editora Jurídica de Colombia, 2000.
- Arroyave, R. (2011). *La coparticipación criminal: autoría directa, autoría mediata, coautoría, el delinquir en nombre de otro, instigación y complicidad*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Auto (2008, enero 23). Inadmisión de demanda [Radicado 28890]. Magistrado Ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2008, febrero 20). Inadmisión de demanda [Radicado 26146]. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortíz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2012, diciembre 11). Inadmite recurso de casación [Radicado 42312]. Magistrado Ponente: María del Rosario González Muñoz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP1184-2014 (2014, marzo 12). Resolución de situación jurídica [Radicado 35551]. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP4442-2014 (2014, julio 30). Inadmisión de demanda [Radicado 41539]. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP211-2016 (2016, enero 21). Recurso de reposición [Radicado 45950]. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Berdugo, I. et al. (2010). *Curso de Derecho Penal*. Parte General, 2ª ed. Barcelona: Ediciones Experiencia, S. L.
- Castillo, F. (2006).: *Autoría y Participación en el Derecho penal*. San José de Costarrica: Editorial Jurídica Continental.
- Cobo del Rosal, M. & Vives, T. S. (1999). *Derecho penal*, Parte general, 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Córdoba, M. (2004). La figura del interviniente en el Derecho Penal colombiano. *Derecho Penal y Criminología*, 25(75), 71-96.
- Díaz y García Conlledo, M. (2004). La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano. *Derecho Penal y Criminología*, 25(76), 33-66.
- Díaz y García Conlledo, M. (2005). La problemática de la codelincuencia en el Código Penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30, párrafo final. *Derecho Penal y Criminología*. 26, 77 (1), 45-78.

- Bunge, M. (1990). *La Ciencia, su método y su Filosofía*. Buenos Aires: Siglo XX.
- Fernández, J. (1986-1989). *Derecho penal fundamental*, ts. I y II, 2ª ed. Bogotá: Temis.
- Fernández, J. (2004). *Derecho penal fundamental*, t. 1, 3ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Fernández, J. (2012). *Derecho Penal, parte general. Teoría del delito y de la pena*. Vol. I: El delito visión positiva y negativa. Vol. II: Dispositivos amplificadores, concursos y pena, 1ª ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011a). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011b). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Madrid, Trotta, 2011.
- Galán, H. (1998). La Teoría del delito en la reforma del código Penal. *La reforma penal en curso: ¿Avance o retroceso? Memorias*. Santa Fe de Bogotá: Universidad Nacional.
- Gimbernat, E. (1990). *Estudios de derecho penal*, 3ª ed. Madrid: Tecnos.
- Gimbernat, E. (1998). *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos.
- Gómez, J. O. (2001). *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 2 ts. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Gómez, J. O. (2005a). *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, t. III. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Gómez, J. O. (2005b). *Teoría del Delito*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.,
- Gómez, A. & Gómez, C. A. (2004). *Delitos contra la Administración Pública*, 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gracia, L. (1985). *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. Teoría General*, t. I. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Gracia, L. (1986). *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. Estudio específico del Art. 15 bis del Código Penal Español. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, t. II. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Heine, G. & Weißer, B. (2014). Täterschaft und Teilnahme. Albin Eser *et al.*: *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed. (pp. 478-538). München: C. H. Beck.
- Hernández, A. (1945). *Metodología del derecho*, tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Hernández, A. (2004). La coautoría. *DPC* 25, 75 (1)núm. 75, 97-110.
- Jescheck, H. H. & Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho penal*, Parte general, 5ª ed. Granada: Editorial Comares.

- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel.
- López, J. (2000). *Antecedentes del Nuevo Código Penal*. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley.
- Maurach, R. (1962). *Tratado de derecho penal*, t. I y II. Barcelona: Ariel, 1962.
- Mejía, C. E. (2008). El interviniente en el Código Penal colombiano: ¿una nueva categoría jurídica. *Revista Derecho Penal Contemporáneo* N° 22 Ene.-Mar., 5-20.
- Reyes, A. (1979). *Derecho penal*, 6ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Reyes, Y. (2005) Relaciones entre autor e inductor en la jurisprudencia colombiana. *Estudios penales. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha* (pp. 535-559). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Legis.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal*, t. I. Madrid, Civitas.
- Roxin, C. (1998). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2000). *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed. Berlin/New York: Walter de Gruyter.
- Roxin, C. (2006). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed. Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre. München, C. H. Beck: 2006.
- Roxin, C. (2006). *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed. Berlin/New York: Walter de Gruyter.
- Salazar, M. (2007). *Teoría del Delito*. Con fundamento en la Escuela dialéctica del Derecho penal. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Salazar, M. (1987). Autoría y participación. *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía* (pp. 17-53). Bogotá: Temis.
- Salazar, M. (1992). *Autor y partícipe en el injusto penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Salazar, M. (2011). *Autor y partícipe en el injusto penal*, 2ª ed. Bogotá: Ibáñez.
- Suárez, A. (1998). *Autoría y participación*, 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Suárez, A. (2001). El interviniente. *DPC*, 22(72), 13-30.
- Suárez, A. (2007). *Autoría*, 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado, 2007.
- Schünemann, B. (1991). *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones Fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Sentencia (2002, abril 25). Recurso de casación [Radicado 12191]. Magistrado Ponente: Carlos Eduardo Mejía Escobar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Sentencia (2000, octubre 26). Recurso de casación [Radicado 15610]. Magistrado Ponente: Fernando Arboleda Ripoll. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2004, abril 21). Recurso de casación [Radicado 18656]. Magistrado Ponente: Mauro Solarte Portilla. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2006, marzo 9). Recurso de casación [Radicado 22327]. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2003, julio 8). Recurso de casación [Radicado 20704]. Magistrado Ponente: Carlos Augusto Gálvez Argote. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2003, septiembre 23). Sentencia de única instancia [Radicado 17089]. Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2004, febrero 11). Recurso de casación [Radicado 18050]. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2005, junio 15). Recurso de casación [Radicado 20528]. Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2006, abril 26). Recurso de casación [Radicado 22146]. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortíz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2007, marzo 21). Recurso de casación [Radicado 19794]. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortíz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2008, septiembre 17). Recurso de casación [Radicado 26410]. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortíz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2009, abril 13). Recurso de casación [Radicado 30125]. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2009, diciembre 3). Recurso de casación [Radicado 31810]. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortíz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Silva, J. M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Torres, F. (2011). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Usta.
- Torres, W. F. (2005) Autoría en los delitos de infracción de deber. *DPC*, 26(77), 79-102.

- Urbano, J. J. (2004). Autoría y participación. Balance jurisprudencial. *DPC*, 25(75), 197-226.
- Velásquez, F. (1994). *Derecho Penal, Parte General*. Bogotá: Editorial Temis.
- Velásquez, F. (1997). *Derecho Penal, Parte General*, 3 ed. Bogotá: Editorial Temis.
- Velásquez, F. (2002). *Manual de Derecho penal, Parte General*, 1ª ed. Bogotá: Temis.
- Velásquez, F. (2004). *Manual de Derecho penal, Parte General*, 2ª ed. Bogotá: Temis.
- Velásquez, F. (2007). *Manual de Derecho penal, Parte General*, 3ª ed. Medellín: Editora Jurídica Comlibros.
- Velásquez, F. (2009a). *Derecho Penal, Parte General*, t. II Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Velásquez, F. (2009b). *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed. Medellín: Librería Jurídica Comlibros.
- Velásquez, F. (2010). *Manual de Derecho penal, Parte General*, 4ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez, F. (2013). *Manual de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez, F. (2014). *Manual de Derecho penal, Parte General*, 6ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez, F. (2017). *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales-Universidad Sergio Arboleda.
- Welzel, H. (1939). Studien zum System des Strafrechts. *ZStW*, núm. 58, pp. 491-566.
- Welzel, H. (1976). *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. & Slokar, A. (2002). *Derecho penal*, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar.

III Jurisprudencia

La toma del Palacio de Justicia los días seis y siete de noviembre de 1985: un salvamento de voto*

La sentencia que decidió no casar la providencia condenatoria de segunda instancia proferida por la Sala de decisión penal del Tribunal Superior de Bogotá, en contra del general Jesús Armando Arias Cabrales, violenta el principio de legalidad al condenar al endilgado por un delito (el de desaparición forzada) que no existía en el ordenamiento jurídico al momento de la realización de los hechos. Así mismo, desconoce el principio del juez natural; acude a medios de prueba ilícitos; califica como delito de lesa humanidad un crimen que no tiene esas connotaciones según el derecho internacional y, en fin, desconoce el postulado de la congruencia entre la acusación y la sentencia violando el derecho de defensa. Esas solas razones han debido llevar a la Corte a casar el fallo atacado.

*Fernando Velásquez Velásquez***

Salvamento de voto

Juan Carlos Prías Bernal
Conjuez

Carlos Roberto Solórzano Garavito
Conjuez

Con todo el respeto y consideración por las decisiones de esta Honorable Sala, los suscritos manifestamos SALVAR VOTO en relación con lo resuelto por la mayoría en sentencia de 23 de septiembre de 2019 de NO CASAR la sentencia recurrida por la apoderada judicial del General (r) JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES, esto, por

* La Sentencia SP3956-2019 fue dictada el 23 de septiembre de 2019 y contó con la ponencia del magistrado Luis Antonio Hernández Barbosa; Radicado N° 46382 contra Jesús Armando Arias Cabrales.

** Director del Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo de contacto: fernando.velasquez@usa.edu.co.

cuanto están presentes graves irregularidades sustanciales que repercuten en la afectación del debido proceso, en particular la violación de los principios de legalidad y congruencia, por las razones que a continuación pasamos a exponer:

1. Ausencia de tipo penal

En efecto, a nivel interno, el legislador reguló solo hasta la expedición de la Ley 589 de 2000 “Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones”, añadió al derogado Decreto 100 de 1980 (Código Penal colombiano) los artículos: 268A –desaparición forzada–; 268B –circunstancias de agravación punitiva– y 268C –circunstancias de atenuación punitiva–, el citado delito. Actualmente, dichas normas corresponden a los artículos 165, 166 y 167 de la Ley 599 de 2000.

Siguiendo el derrotero trazado en materia de este delito, en el ordenamiento interno se conocen las siguientes leyes sobre el tema: Ley 707 de 2001 “Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, Ley 971 de 2005 “Por medio de la cual se reglamenta el mecanismo de búsqueda urgente y se dictan otras disposiciones”¹, Ley 1408 de 2010 “Por la cual se rinde homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada y se dictan medidas para su localización e identificación” y, finalmente, la Ley 1418 de 2010 “Por medio de la cual se aprueba la “Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”. Como puede verse, hasta antes del año 2000, el legislador colombiano, ni tipificó, ni aprobó ley alguna relacionada con el flagelo de la desaparición forzada.

Tampoco es cierto que, en ausencia de una norma interna que sancionara la desaparición forzada, se pudiera aplicar la norma internacional, si se tiene en cuenta que para la fecha de los nefastos hechos, esto es el año 1985, ningún instrumento internacional, en sentido estricto, delineaba los aspectos fundamentales de esta infame práctica, pues no fue sino hasta la década de los noventa que se hizo un esfuerzo en este sentido.

¹ La norma en comento, señala en el artículo 1 que la Convención es: “[...] un mecanismo público tutelar de la libertad y la integridad personales y de los demás derechos y garantías que se consagran en favor de las personas que se presume han sido desaparecidas. Tiene por objeto que las autoridades judiciales realicen, en forma inmediata, todas las diligencias necesarias tendientes a su localización, como mecanismo efectivo para prevenir la comisión del delito de desaparición forzada. En ningún caso, el mecanismo de búsqueda urgente podrá ser considerado como obstáculo, limitación o trámite previo a la acción constitucional del hábeas corpus o a la investigación penal del hecho”.

En consecuencia, cabe aclarar que para el momento en que los primeros instrumentos sobre derechos humanos fueron redactados y aprobados, la práctica de la desaparición forzada no había sido identificada como un crimen que impactara la conciencia de la comunidad internacional. Ya durante los años setenta, la comunidad internacional, a través de la Asamblea General se enfocó en este tipo de violaciones independiente de otras cometidas contra los derechos humanos, a partir de las desapariciones forzadas ocurridas en Guatemala, Chile y en Argentina por esos años y que fueron parte de una política gubernamental de represión extendida. Fue así que nació la Resolución² 33/179 adoptada el 20 de diciembre de 1978, convirtiéndose en la primera condena política mundial de esta práctica, sin embargo, no se trató de un instrumento de carácter judicial puesto que no definía qué actos debían ser considerados como desaparición forzada, ni determinó los mecanismos del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas³.

Precisados estos aspectos, a continuación relacionamos los instrumentos internacionales vinculantes para los Estados que los aprobaron y guardan correspondencia con esta siniestra conducta. Así, tenemos, la “*Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas de 1992*”, uno de los documentos más importantes en el reconocimiento de este crimen que lo describe como una especial y particular ofensa en contra de la humanidad, sin embargo, es un instrumento que no proporciona una definición exacta de “desaparición forzada” pero sí describe los elementos y las consecuencias de esta práctica. De igual manera, discute sobre los derechos que son puestos en riesgo y eventualmente vulnerados a raíz de este delito.

La Declaración invita y en cierta medida obliga a los Estados a tomar medidas efectivas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole para prevenir y terminar con las desapariciones forzadas. Adicionalmente, el artículo 4º de esta Declaración estipula la obligación de tipificar el delito de desaparición forzada en las leyes nacionales y prohíbe que este tipo de crímenes sean ejecutados incluso en estado de guerra o de emergencia, estableciendo la ilegalidad de cualquier excluyente de responsabilidad basada en la obediencia debida.

² Las Resoluciones son opiniones formales (no vinculantes para los Estados) expresadas por un cuerpo legislativo o en una reunión pública. Las resoluciones producidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas son por lo tanto opiniones expresadas por los Estados miembro de estas Organizaciones. Consultado en: UNESCO, Disponible en: <<http://www.unesco.org/new/es/social-and-human-sciences/themes/advancement/networks/larno/legal-instruments/nature-and-status>>, [En línea].

³ Cfr. Pelayo Moller, Carlos María, *La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, 1ª Ed., Fascículo 11, Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012, pp. 17-19.

Por su parte, el Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional del 1º de julio de 2002⁴, señala que la desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad, al respecto el artículo 7, numeral 2, literal i), señala:

Por desaparición forzada de personas se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado⁵.

Y, finalmente, la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas aprobada el 20 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que en sus artículos 10, 11 y 12, dispone pautas concretas para la investigación y sanción a personas acusadas de este delito. El artículo 12 prevé cómo debe llevarse a cabo la investigación, señalando que las autoridades encargadas de la misma deben poseer las facultades y los recursos necesarios para llevar a cabo dicha tarea, así como la facultad de prevenir y sancionar los actos que obstaculicen el desarrollo de las investigaciones⁶.

A nivel americano, encontramos la “*Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada el 09 de junio de 1994 en Belém do Pará, Brasil*”. La Convención es el primer tratado especializado y vinculante en esta materia. Este instrumento ha ayudado a reafirmar y desarrollar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el delito de desaparición forzada de personas a lo largo de los últimos años. Además, uno de los grandes logros alcanzados en esta Convención es la definición de desaparición forzada de personas, presente en el artículo 2º del referido instrumento:

[...] la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes⁷.

Corolario de lo anterior, las leyes colombianas que aprobaron los instrumentos internacionales anotados, por obvias razones son de tiempo reciente, siendo la Constitución

⁴ El texto del Estatuto de Roma fue adoptado el 17 de julio de 1998 pero entró en vigor el 1º de julio de 2002.

⁵ Naciones Unidas, Conferencia Diplomática de plenipotenciarios, Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional, Roma, Italia, 17 de julio de 1998.

⁶ *Ibid.*, pp. 55-56.

⁷ *Ibid.*, pp. 27-28.

Política de 1991 la primera norma en el plano interno en referenciar el tema, tal como se desprende del artículo 12 superior, que establece: “*Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”. Recalcando que a nivel de tipicidad, el legislador colombiano solo hasta el año 2000 plasmó el delito de desaparición forzada⁸.

2. Principio de legalidad, irretroactividad y favorabilidad penal

En primer lugar, debemos tener en cuenta que los principios son límites a la potestad punitiva del Estado, máxime, si se atiende a la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho que pregona la Carta Fundamental en su artículo 1º. Estos principios se constituyen como garantías frente al ejercicio de la potestad estatal que puede tornarse en arbitraria, convirtiéndose en límites materiales a dicho ejercicio, es decir, se establecen como controles al contenido mismo de dicha potestad como lo son: la dignidad humana, la igualdad material ante la ley, proporcionalidad, acto, lesividad y culpabilidad por citar los más importantes. Algunos de estos principios limitan la forma en que se ejerce esa actividad sancionadora dentro de los que se encuentra el principio de legalidad del delito y de la pena y el principio del juez natural, que en el caso que nos ocupa juegan un papel fundamental para su adecuada y ponderada solución.

El principio de legalidad se constituye en el límite más importante a la forma como se ejerce la potestad punitiva estatal, en la medida que en su labor de perseguir las conductas punibles, el Estado podría acudir a los medios más enérgicos de que dispone el ordenamiento jurídico para el logro de tal cometido, por lo que se hace indispensable la búsqueda de un axioma que controle el despliegue de tal poder punitivo y confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de quienes lo ostentan o ejecutan, de tal manera que, básicamente de la mano de la tradición liberal ilustrada, el

⁸ Al respecto, el profesor Kai Ambos, menciona que a través del modelo indirecto conocido como “*indirect enforcement model*”, los Tribunales Nacionales aplican el derecho internacional, teniendo en cuenta que los Tribunales Penales Internacionales, normalmente dependen de la cooperación de los Estados nacionales para juzgar los principales crímenes internacionales y ejecutar las penas, ahora bien, como no existe una aplicación directa del Derecho Penal Internacional en sentido auténtico, salvo en los casos de ocupación, como los ocurridos en Núremberg, Tokio o Bagdad, los órganos del Derecho Penal Internacional están obligados a servirse de los mecanismos del modelo indirecto. Cfr. Ambos, Kai, “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), No. 05-17, 2005, p. 15.

ciudadano tenga certeza de que solo es punible lo que está expresamente señalado en la ley y que será tratado en igualdad de condiciones⁹.

Ahora bien, si realizamos un examen de la Constitución Política vigente, observamos que el artículo 28 establece que: “[N]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”. A renglón seguido el artículo 29 superior determina que:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable....

Tal principio es en esencia el mismo que consagraba el orden constitucional que regía para la época de los hechos. En efecto, el artículo 26 de la Constitución Política de Colombia de 1886 establecía:

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Entonces, como puede verse, el tránsito de un orden constitucional a otro en nada modificó, ni relativizó, ni amainó el contenido del principio de legalidad en materia sancionatoria, el cual permanece incólume en su contenido.

Adicionalmente, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁰ como de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, han sostenido que:

Es por tanto el principio de legalidad, el principal límite impuesto por el Estado Social de Derecho para el ejercicio de su potestad punitiva, en la medida que no hay delito ni pena sin una ley que inequívocamente así la defina, constituyendo esta regla una garantía individual fundamental, manifestada en la prohibición de aplicar retroactivamente los preceptos legales que crean delitos o aumentan penas¹¹.

⁹ Velásquez, Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Medellín, Ediciones Comlibros, 2009, p. 131.

¹⁰ Véanse las sentencias SU-327 de 27 de julio de 1995, C-133 de 03 de marzo de 1999, C-1144 de 30 de agosto de 2000, SU-1553 de 21 de noviembre de 2000 y SU-1722 de 12 de diciembre de 2000.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 24 de enero de 2007, Rad. 24638.

Pero si de acudir a los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad se trata, baste transcribir su texto, comenzando con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, acuerdo internacional que plasma de forma expresa los derechos y las libertades inalienables al que todo ser humano puede aspirar en condiciones de igualdad y que en el artículo 11, expresa lo siguiente:

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*¹². (Énfasis fuera de texto)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹³, también señala en su artículo 15:

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello¹⁴.

En este hemisferio, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José hace lo propio, como tratado multilateral que obliga a los Estados del continente a garantizar las instituciones democráticas, la libertad personal de sus coasociados y la justicia social con fundamento en el respeto de los derechos humanos, previendo en su artículo 7 el “*Derecho a la Libertad Personal*” como reafirmación del principio de legalidad, en tal sentido, el artículo señala:

- [2] Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas¹⁵.

¹² Naciones Unidas, Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, París, Francia, 10 de diciembre de 1948.

¹³ Entrada en vigencia el 23 de marzo de 1976.

¹⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

¹⁵ Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre los Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

Seguidamente, la Convención prevé en su artículo 9° el principio de Legalidad y de Retroactividad:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello¹⁶.

El Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional, tampoco es ajeno en reafirmar el “*nullum crimen sine lege*” como uno de los principios generales del Derecho Penal, como se desprende del artículo 22:

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

El citado instrumento, recalca además en su artículo 24 la irretroactividad de la ley penal (Irretroactividad *ratione personae*):

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. 2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena¹⁷.

En relación con dicho principio, son igualmente relevantes, entre muchas otras, las siguientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo tribunal de los derechos humanos de nuestro continente, en relación con el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto al principio de legalidad, como resultó claro en la sentencia del 30 de mayo de 1999 en el caso de Castillo Petruzzi y otros contra Perú:

Párr. 121. *La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y*

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Véase: Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional.

abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana (Cursivas nuestras)¹⁸.

Principio de legalidad que ni siquiera mengua en materia sancionatoria administrativa, como resaltó el Tribunal Interamericano cuando consideró:

Párr. 106. En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. *Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste* (Cursivas nuestras)¹⁹.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, Sentencia de 30 de mayo de 1999. Reiterado en: Sentencia de 18 de agosto de 2000 “Caso Cantoral Benavidez y otros vs. Perú” cuando consideró:

“Párr. 157. En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Resulta claro que las normas sobre los delitos de terrorismo y traición a la patria vigentes en el Estado en la época de los hechos de esta causa, incurrir en la ambigüedad a la que acaba de hacerse referencia”. Párr. 158. La Corte concluye, en consecuencia, que el Estado violó, en perjuicio de Luis Alberto Cantoral Benavides, el artículo 9 de la Convención Americana”.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, Sentencia de 02 de febrero de 2001.

Del mismo modo, existen pronunciamientos en los que, aunque no hubiese sido alegada la violación del principio de legalidad del artículo 9 de la Convención Americana, la Corte se pronunció sobre el mismo, como ocurrió en el caso Kimel contra Argentina, en el que mencionó:

Párr. 62. En el presente caso ni la Comisión ni los representantes alegaron la violación del artículo 9 de la Convención Americana que consagra el principio de legalidad. Sin embargo, el Tribunal estima que los hechos de este caso, aceptados por el Estado y sobre los cuales las partes han tenido amplia posibilidad de hacer referencia, muestran una afectación a este principio en los términos que se exponen a continuación”. Párr. 63. La Corte ha señalado que *“es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”*. En este sentido, *cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano* (Cursivas nuestras)²⁰.

Adicionalmente, en el caso Fermín Ramírez contra Guatemala la Corte argumentó que:

El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. Al establecer que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”, el artículo 9 de la Convención obliga a los Estados a definir esas “acciones u omisiones” delictivas en la forma más clara y precisa que sea posible (Cursivas nuestras)²¹.

Igualmente, el citado Tribunal, mencionó que en aras de salvaguardar la seguridad jurídica, resulta indispensable:

Párr. 206. [...] que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las conse-

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Kimel vs. Argentina”, Sentencia de 02 de mayo de 2008.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala”, Sentencia de 20 de junio de 2005.

cuencias de éste. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva²².

Como conclusión de los diferentes fallos de la Corte Interamericana, puede resumirse, como se enfatizó en el caso “Liakat Ali Alibux *vs.* Suriname”, que es el juez, al momento de la aplicación de la ley penal, quien debe atenerse a lo estrictamente dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad al adecuar la conducta de la persona indiscriminada al tipo, para no incurrir en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico y por tal razón:

[...] la elaboración de tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fija elementos y permite deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales y en consecuencia “la tipificación de conductas reprochadas penalmente implica que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara que sea posible; es decir, de manera expresa, precisa, taxativa y previa²³.”

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la garantía consagrada en el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)²⁴, norma

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú”, Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Frente al mismo tema, en sentencia de noviembre 18 de 2004 “Caso De la Cruz Flores contra Perú”, se dijo:

“Párr. 104. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.

Párr. 105. De conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito. Asimismo, este principio implica que una persona no pueda ser penada por un hecho que no era delito o no era punible o perseguible cuando fue cometido”.

²³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Liakat Ali Alibux *vs.* Suriname”, Sentencia de 30 de enero de 2014 (Párr. 61).

²⁴ El artículo 7° del CEDH, determina en el numeral 1° que no hay pena sin ley y por tal razón: “*Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida,*

equivalente al artículo 9 de la Convención Americana, y que más adelante, fue recogido por el artículo 22 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual reconoce el principio de legalidad y retroactividad²⁵.

Aunque bastase este simple aserto para sostener los argumentos del presente salvamento de voto, esta circunstancia resulta plenamente reiterada en diversos fallos de nuestro Máximo Tribunal Constitucional, cuando consideró que:

[c]onstituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29)²⁶.

Además, el principio de legalidad no solo tiene relación con el artículo 29 de la Carta Política, pues es transversal a toda ella y encuentra relación con una buena parte del articulado, como quedó expresado en sentencia T-079 de 1993 cuando manifestó:

Carece de fundamento objetivo la actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la Ley. La legitimidad de las decisiones estatales depende de su fundamentación objetiva y razonable. El principio de legalidad rige el ejercicio de las funciones públicas (CP art. 121), es condición de existencia de los empleos públicos (CP art. 122) y su desconocimiento genera la responsabilidad de los servidores públicos (CP arts. 6, 90). Una decisión de la autoridad no es constitucional solamente por el hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo. Ella debe respetar la igualdad de todos ante la ley (CP art. 13), principio que le imprime a la actuación estatal su carácter razonable. Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad²⁷.

no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”.

²⁵ *Ibid*, párr. 62.

²⁶ Corte Constitucional, C-820 de 09 de agosto de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Véase también sentencia C-133 de 03 de marzo de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁷ Corte Constitucional, T-079 de 26 de febrero de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Más recientemente, en sentencia C-007 de 2018, la Corte resaltó que el principio de legalidad adquiere mayor importancia en el derecho penal, en el cual opera en defensa de la libertad personal y es por ese motivo, que el Legislador define los supuestos que pueden llevar a la sanción penal (reserva de ley) y también para que los ciudadanos conozcan a plenitud el ámbito de lo penalmente prohibido, debe definir esas conductas a través de los tipos penales y de la manera más precisa posible, exigencia conocida como tipicidad (o legalidad en sentido estricto). Igualmente, se expuso que el principio de legalidad prohíbe la aplicación de normas penales retroactivas (definidas con posterioridad a la ocurrencia de los hechos) y exige al intérprete adoptar la interpretación más favorable al acusado o procesado, aspectos conocidos como irretroactividad de la ley penal y principio de favorabilidad²⁸.

Teniendo en cuenta la prohibición de aplicación de las normas penales retroactivas y el principio de favorabilidad, la Corte ha señalado que la reserva legal en materia penal por sí sola no es suficiente para cumplir su función garantista y por tal razón ha manifestado que:

[U]na consecuencia obvia del principio de legalidad es entonces la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas. Por ello esta Corporación había precisado que no solo “un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale» sino que además la norma sancionadora «ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente»²⁹.

Esta Corporación también ha señalado que el principio de legalidad cuenta con dos vertientes³⁰, siendo uno de los elementos más importantes del debido proceso, además de ser esencial en un estado constitucional, si se entiende como una barrera a la arbitrariedad y el abuso en el ejercicio del poder. Es así, que el principio se divide en dos especies: *principio de mera legalidad* y *principio de estricta legalidad*³¹, ambas indispensables dentro del derecho penal moderno.

²⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 01 de marzo de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-444 de 25 de mayo de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

³⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-091 de 15 de febrero de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa.

³¹ En el mismo expediente, la Corte Constitucional la Corte ha dicho que aunado al principio de estricta legalidad, es necesario que: “(b)...la definición clara de la conducta es también una condición para verificar desde el punto de vista fáctico su ocurrencia y, por lo tanto, para aportar pruebas a favor o en contra de su configuración; ejercer el derecho de defensa e intentar el control de las decisiones, bien a través de los recursos judiciales, bien mediante la crítica social a las providencias. Esta norma se dirige principalmente al juez, pero su eficacia compromete la legitimidad de las actuaciones judiciales, evita la discrecionalidad judicial (en el ámbito penal, donde debe ser

Primero, el principio de mera legalidad hace referencia a la reserva legislativa para definir los tipos y las sanciones penales. Desde este punto de vista el principio supone que la libertad solo es limitable en virtud de decisiones adoptadas en el foro democrático del Congreso de la República y que los demás órganos que ejercen el poder público (en especial las autoridades administrativas y los jueces) tienen vedada la definición de las conductas prohibidas por la vía del derecho penal. El destinatario de este principio, entendido como límite del debido proceso es, principalmente, el juez, que solo podrá iniciar y adelantar un juicio con base en normas promulgadas por el Congreso de la República, salvo las potestades limitadas del Gobierno en estados de excepción.

En segundo lugar, el principio de estricta legalidad se refiere a una forma de producción de las normas, consistente en la definición precisa, clara e inequívoca de las conductas castigadas. Esta segunda dimensión del principio de legalidad que, se anuncia desde ya, se refiere a la controversia planteada en este trámite, constituye el centro de un sistema garantista. Es un presupuesto para que los ciudadanos conozcan realmente las conductas permitidas y prohibidas y no sean entonces sujetos de un poder plenamente discrecional o de una amplitud incontrolable en manos de los jueces y es, por lo tanto, una garantía epistémica de la libertad y la dignidad humana, en tanto la capacidad de toda persona para auto determinarse³².

Para la Corte, el principio de estricta legalidad o de taxatividad en la definición del tipo, es el centro de un sistema de derecho penal garantista, dado que la enunciación clara de la conducta es condición para verificar desde el punto de vista fáctico su ocurrencia y, por lo tanto, para aportar pruebas a favor o en contra de su configuración; ejercer el derecho de defensa e intentar el control de las decisiones, bien sea a través de recursos judiciales o bien por medio de la crítica social a las providencias³³.

A esas dos vertientes, se suma que el principio de legalidad tiene una doble condición, pues de un lado es principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Para el primer caso ha dicho la Corte: “[s]e entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas”³⁴.

La Sala de Casación Penal de esta honorable Corporación, también se ha manifestado en idéntica concordancia con el supremo tribunal constitucional, considerando que de

más restringida) y favorece la libertad y dignidad de las personas”. Corte Constitucional, Sentencia C-091 de 15 de febrero de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 05 de julio de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

conformidad con el artículo 29 de la Constitución, en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable, así las cosas:

De acuerdo con tal apotegma, si bien por regla general la ley rige para las conductas cometidas durante su vigencia –principio de legalidad–, es posible excepcionar tal postulado mediante su retroactividad o ultraactividad. En el primer caso, la norma es aplicada a hechos acaecidos antes de entrar a regir, mientras que, en el segundo, su aplicación tiene lugar cuando ya no se encuentra vigente, respecto de sucesos ocurridos cuando regía, siempre y cuando ese proceder reporte un tratamiento benéfico para su destinatario³⁵.

Ni las normas ni la jurisprudencia citada son un hecho aislado en el pensamiento jurídico universal. Por el contrario el principio de reserva de legalidad en materia penal es una constante inalterada en la doctrina universal, comenzando por Cesare Beccaria, padre del derecho penal moderno, para quien la exigencia del principio de legalidad parte de una visión contractualista, en la que son los hombres quienes determinan entregar sus derechos y éstos deciden autolimitarse, desprendiéndose en consecuencia, que únicamente la ley puede decir cuáles son las acciones que no pueden realizarse y en últimas, qué es delito³⁶.

En este punto, Beccaria sostiene que solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social³⁷. En tal sentido:

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. No. 26.831 de 15 de mayo de 2008, M.P. María del Rosario González de Lemos. En radicado 25.306 de 08 de abril de 2008, con ponencia del Magistrado Augusto Ibáñez Guzmán, también se recordó que en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15.1), se establece que “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. De igual forma, la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972, en su artículo 9 señala: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

³⁶ Cfr. Beccaria, Cesare, “*De los delitos y de las penas*”, Edición Latinoamericana, Santafé de Bogotá: Editorial Utopía Bolívar, 1992, Prólogo de Agudelo Betancur, Nódier, p. XIX.

³⁷ Para contractualistas como Rousseau, el principio de legalidad surge de la incertidumbre fundada en el poder desbordado del gobernante en antiguos regímenes, dando lugar a excesos en el ejercicio del *ius punendi*, generando inseguridad constante en los ciudadanos y desconfianza hacia el soberano. Así, ya en 1762, el filósofo sostuvo en su obra el Contrato Social que “*las convenciones*

Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente³⁸.

El derecho penal alemán, receptor de las ideas de Beccaria en tanto cimenta sus raíces en la ley y no en el derecho consuetudinario, enuncia en su estatuto de penas –artículo 103– que el principio de legalidad es una garantía constitucional, de ahí que el fundamento de la dogmática jurídico-penal germana sea la ley penal. Es por eso que Jescheck sostiene:

[T]odas las afirmaciones que se efectúen de lege lata sobre las proposiciones y conceptos jurídicos del Derecho Penal, han de poder deducirse de la ley o, por lo menos, ser compatibles con ella. De la misma forma, la realización práctica de la Justicia Penal ha de tener lugar exclusivamente sobre la base y dentro del marco fijado en la ley³⁹.

Los chilenos Bustos Ramírez y Hormazábal afirman que el derecho penal moderno nace con el principio garantista formal que la ciencia penal denomina *principio de legalidad* –no hay delito sin ley, no hay pena sin ley, no hay pena sin crimen y a todo hecho criminal le corresponde una pena legal–, principio que para los autores abarca todo el sistema penal, tanto en la incriminación primaria como en la secundaria⁴⁰.

El sistema penal exige que la ley sea el único principio generador de delitos y penas, esto es: “[p]articipación de la ciudadanía, transparencia, principio de conocimiento y, en definitiva, carácter político de los delitos y las penas”, por lo que otras fuentes del derecho solo tienen función complementaria y subordinada. Otra exigencia es el cumplimiento del principio de determinación, de taxatividad o de tipicidad de las figuras penales, para asegurar el principio de conocimiento por parte de los ciudadanos y que realmente la ley sea la que genere los delitos y las penas; desestimando por tanto la analogía y las cláusulas generales, que conviertan al juez en creador de delitos, y por último, el principio de la irretroactividad de la ley penal, que refuerza tal principio de conocimiento por parte del ciudadano

son la base de toda autoridad legítima sobre los hombres”. Cfr. ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato Social*, México: Mc Graw Hill, 1989, p. 12.

³⁸ Beccaria, Cesare, op., cit., p. 12.

³⁹ Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1981, p. 67.

⁴⁰ Cfr. Bustos Ramírez, Juan; Hormazábal Malarée, Hernán, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Madrid: Editorial Trotta, S. A., 2004, pp. 28-29.

y excluye la arbitrariedad del legislador, razón por la cual solo las leyes más favorables a la persona pueden tener efecto retroactivo⁴¹.

Estos principios de acuerdo con Mir Puig, ofrecen al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho, lo cual se enlaza con la exigencia de cierta *seguridad jurídica*, de modo que el ciudadano pueda confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de los preceptos jurídicos conforme a una normal racionalidad, no va a poder ser castigado y éstos, son presupuestos para más adelante, considerar la culpabilidad de determinado sujeto⁴².

De acuerdo con Muñoz Conde, concebir el delito al margen del derecho penal positivo es una tarea imposible si se tiene en cuenta que aquel es toda conducta que el legislador sanciona con una pena, por tal motivo, una definición de conducta penal al margen del derecho penal vigente, implica una actuación fuera del ámbito de lo jurídico, para entrar en el terreno de la filosofía, la religión, la moral o la sociología, cuyas concepciones ayudan poco en esta materia al jurista como resultado del principio “*nullum crimen sine lege*” que rige en el derecho penal positivo –art. 23 del Código Penal español–. Son estas las razones por las que, para este jurista, es improcedente considerar que sean delitos aquellas las conductas que no caigan en las mallas de la ley penal⁴³.

Bacigalupo nota que en las constituciones modernas, en la Carta de Derechos de la Unión Europea e inclusive en el tratado sobre una Constitución para Europa, las garantías que limitan el *ius puniendi* del Estado se reducen prácticamente al *principio de legalidad*, sin embargo, todo lo concerniente a este principio, hoy en día, tiene puntos de discusión sumamente importantes, pues algunos de ellos denuncian la *erosión* que ha sufrido el mismo y las dificultades existentes para que prevalezca de manera satisfactoria⁴⁴.

Lo anterior, conforme con Bacigalupo, se produce como consecuencia de la formulación originaria expresada por *Feuerbach* –*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*– en los albores del siglo XIX respecto al principio de legalidad, en la que se referenciaba únicamente la necesidad de una ley previa, cumpliendo con los requerimientos establecidos por el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y como presupuesto de su teoría de la pena, basada en la coacción psicológica según la cual nadie actuaría mal si preventivamente existe una amenaza conocida. No obstante, el fundamento del principio de legalidad se encuentra más allá de

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cfr. Mir Puig, Santiago, *Estado, Pena y Delito*, Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 202.

⁴³ Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edición, Buenos Aires: Editorial B de F., 2003, pp. 62–63.

⁴⁴ Cfr. Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal y Estado de Derecho. Homenaje al profesor Ramón C. Leguizamón*, Argentina: Librería de la Paz, 2005, p. 15.

la teoría de la pena y amplía sus horizontes en la concepción misma del Estado y la noción de democracia propuesta por el concepto político del contrato social⁴⁵.

Con base en estas ideas, la libertad solamente puede ser limitada como consecuencia de la voluntad general, es decir, por una ley de un parlamento democrático, pero quienes no suscriben con la filosofía política contractualista, fundamentan sus ideas en el principio de legalidad de la *garantía de objetividad*. Pero lo importante, es que ambas posturas exigen que las normas provengan de un órgano legislativo democráticamente legitimado⁴⁶.

En este punto debe quedar claro que en el caso en estudio la Fiscalía General de la Nación, decide acusar al General (r) Jesús Armando Arias Cabrales, como autor responsable del delito de Desaparición Forzada Agravada, consagrado en los artículos 165 y 166 de la Ley 599 de 2000, y como consecuencia de ello, al acusado se lo condena por esta conducta, la cual no era punible, ni había sido consagrada en manera alguna para la época de ocurrencia de los hechos, lo cual se constituye claramente en una violación al principio de legalidad del delito y de la pena, que enseña, que toda persona debe ser juzgada por una conducta previa y claramente consagrada como delictiva en el momento de concreción de los hechos, no pudiendo ser posible que se permita la aplicación retroactiva de la ley penal, salvo que la misma resulte benéfica para el procesado y en desarrollo del principio constitucional de favorabilidad, que no es el caso que ocupa la atención de la Sala.

La prohibición de retroactividad en el moderno Derecho Penal, se expresó por primera vez en las Constituciones de los Estados Fundadores de la Unión Norteamericana e inmediatamente después en Francia⁴⁷, habiendo sido enunciado en Alemania por Feurbach, con la conocida máxima *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*⁴⁸.

Pero además se ha consagrado históricamente en todos los estatutos penales patrios, desde el Proyecto de Código Penal para Colombia de 1823, en cuyo artículo quinto se estableció que “*a ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración*”, así como en el proyecto de 1826 –el título preliminar artículo segundo–, el proyecto del Código Penal de 1833 en su artículo 4º, el Código Penal de 1837, así como los códigos penales del Estado soberano de Bolívar de 1862 y 1873, los códigos penales del Estado soberano de Cundinamarca de 1858 que en su artículo 4 señala “*ningún delito o culpa pueden ser castigados con penas que no hayan sido señaladas por una ley publicada antes de su perpetración*”, del Estado soberano de Antioquia de 1867, artículo

⁴⁵ *Ibid*, pp. 18-19.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ En los artículos 14 y 15 de la Constitución de Maryland de 1776, at 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre.

⁴⁸ Wolffhügel Gutiérrez, Christian “La prohibición de retroactividad”, en *Cuadernos de Derecho Penal* No 4 Universidad Sergio Arboleda, página 157.

5, del Estado soberano de Magdalena de 1875 artículo 8 y el artículo 4 del Código Penal Nacional de 1873, hasta llegar al Código Penal de 1936⁴⁹.

La misma línea siguen el Decreto Ley 100 de 1980 vigente para el momento de ocurrencia de los hechos y la Ley 599 de 2000, Código Penal actual, esto para efectos de señalar que la prohibición de retroactividad como desarrollo del principio de legalidad del delito y de la pena, ha acompañado la historia republicana de nuestro país.

Así las cosas, no resulta válido que en el caso en estudio se acuda a una norma penal que no existía para el momento de los hechos, esto trae como consecuencia que se transgreda el principio aquí referenciado. En otras palabras, se aplicó de forma retroactiva –y en desfavor del reo– la normatividad posterior (Ley 599 de 2000), algo impensable e inadmisiblesi se trata de un Estado de Derecho respetuoso de los pactos mundiales de derechos humanos, en cuya virtud a esa persona se le ha debido procesar por los delitos de secuestro, única conducta delictiva consagrada en esa época en el derecho positivo

Pero por esa vía, también se desconoce el principio de reserva que enseña que el Congreso es el único facultado para crear normas jurídicas, en consecuencia no se puede aplicar una norma penal que no había sido creada por el órgano legislativo facultado para ello y para el momento de los hechos, principio que en palabras de la Corte Constitucional;

Exige en el Estado democrático de derecho sea el legislador, como autoridad de representación popular por excelencia, el facultado para producir normas de carácter sancionador. En relación con este principio de reserva de la ley, la Corte ha señalado que de acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional solo el legislador puede establecer, con carácter previo, la infracción y las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellas⁵⁰.

Sobre este asunto, Luigi Ferrajoli resalta que en los ordenamientos jurídicos desarrollados el derecho penal se funda en el modelo garantista clásico con sus elementos: *estricta legalidad, materialidad y lesividad de los delitos, responsabilidad personal, juicio oral y contradictorio entre partes y presunción de inocencia*, todos ellos fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal. El sentido y el alcance garantista remite para el autor, a las únicas acciones taxativamente indicadas por la ley excluyendo de ella cualquier configuración ontológica o extra-legal. *Auctoritas, no veritas facit legem* es la máxima que expresa este fundamento y constituye a la vez el principio del positivismo jurídico, pues no son la verdad, la justicia, la moral o la naturaleza, las que le imprimen relevancia penal a un fenómeno factual, es únicamente la ley la que tiene tal autoridad. De esta manera, “[...] la ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino solo comportamientos

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-099 de 11 de febrero de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

*empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, a la vez, adscribibles a la culpabilidad de un sujeto*⁵¹.

Con fundamento en lo descrito, para Ferrajoli, son dos los logros fundamentales de la teoría clásica del derecho penal y de la civilización jurídica liberal. El primero, es la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de *libertad*, resguardada por el hecho de que al ser punible solo lo que está prohibido por la ley, nada de lo que ésta no prohíbe es punible, sino que es libre o está permitido. En tal sentido, por «*ius*», citando a Thomas Hobbes, debe entenderse «*libertad que la ley me deja hacer cualquier cosa que la ley no me ordene*». El segundo de ellos es la *igualdad jurídica* de los ciudadanos ante la ley, es decir, las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales⁵².

Pero hoy en día, con base en la concepción del constitucionalismo, llamada por Ferrajoli “*iuspositivista*” o “*garantista*”, opuesta al constitucionalismo rígido en tanto somete la producción del derecho positivo a los derechos fundamentales estipulados en las normas constitucionales, complementa al positivismo jurídico y al Estado de Derecho, de forma que, este constitucionalismo jurídico suprimió la última forma de gobierno de los hombres, la que en la tradicional democracia representativa se manifestaba en la omnipresencia de la mayoría⁵³.

A pesar de lo anterior, sostiene Ferrajoli que los principios constitucionales sean siempre objeto de ponderación y no de aplicación o, peor aún, que se sometan a la ponderación con principios morales de libre invención del juez, genera evidentemente un peligro para la independencia de la jurisdicción y para su legitimación política, esto por cuanto, si los jueces están habilitados para crear ellos mismos normas, aunque sea a través de la ponderación de los principios, resulta anulada la separación de los poderes. Así, la identificación de la ponderación como el único tipo de razonamiento pertinente para los principios, en oposición a la subsunción, promueve y alienta tanto el activismo de los jueces como la discrecionalidad de la actividad judicial, tal como lo sostiene dicho autor⁵⁴.

La importancia del principio de legalidad plenamente regulado, también es motivo de pronunciamiento por parte de nuestra ilustre doctrina, pues, Alfonso Reyes Echandía consideró durante la comisión del anteproyecto de Código Penal colombiano de 1974, que éste debía expresamente consignar un capítulo preliminar con los principios universales de

⁵¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Editorial Trotta, 1995, pp. 33-36.

⁵² *Ibid*, p. 36.

⁵³ Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011, p. 24.

⁵⁴ *Ibid*, p. 44.

la tipicidad o legalidad, por cuanto así se orientan las normas de la parte general y especial del estatuto penal, de manera que resulta conveniente para que jueces y abogados se percaten del espíritu del Código y de sus principios rectores, lo que es una enorme conquista del derecho liberal⁵⁵.

En términos similares, el maestro Gaitán Mahecha, cuando exponía sobre la normatividad jurídica, mencionaba que “...no basta que el hecho en sí mismo sea antijurídico (o inmorale), para que sea causa de una pena, sino que es necesario que una norma lo contenga en su integridad absoluta, como resultante del acto”. En tal sentido, lo jurídico en abstracto, no es suficiente para derivar la existencia de lo antijurídico y por ende atribuir consecuencias penales. Así las cosas, lo antijurídico debe señalarse en las normas, desde el punto de vista objetivo del derecho. En la dogmática jurídica, la norma individualmente considerada, se encuentra en la noción de “tipicidad” (*tabetstand*), en donde las normas son tipos cuyos elementos posibilitan la valoración del hecho y del acto, que adecuados y ajustados en forma absoluta determinan la existencia de lo antijurídico, desde la óptica estrictamente objetiva⁵⁶.

Con fundamento en este punto, Gaitán Mahecha sostiene que la tipicidad como doctrina tiene la virtud de hacer que

[...] el Estado no pueda salirse de los márgenes jurídicos; ya porque para legislar debe consultar la juridicidad y determinar como delictuoso solamente aquello que sea antijurídico, y castigar como delito solamente aquello que sea típicamente delictuoso, conforme a la integración de la norma⁵⁷.

El derecho penal, por su misión protectora de bienes jurídicos considerados fundamentales por el legislador, asume radicales posiciones ideológico-políticas y es la presencia dinámica de esa orientación en las leyes penales y en la dogmática, la que decide si se está frente a un derecho penal liberal y democrático, o, por el contrario, autoritario. Expresiones del primero, son según Fernández Carrasquilla:

(a) El respeto inquebrantable por las garantías penales; (b) La realización de esas garantías bajo el principio de estricta legalidad de los delitos y de las penas, en su sentido de prohibición de la analogía, de la costumbre y de la retroactividad desfavorables, pero también de los tipos indeterminados que aparejen para los ciudadanos un grado intolerable de incertidumbre e incrementen por tanto el poder discrecional de los jueces en lo que atañe a la fundamentación y agravación de hechos punibles y sanciones criminales; (c) La fundamentación exclusiva de la responsabilidad penal en la conducta voluntaria del individuo humano, de suerte que nunca puede ser sometido a sanciones penales por su

⁵⁵ Anteproyecto de Código Penal colombiano, Edición oficial revisada y dirigida por: Alfonso Reyes Echandía, Viceministro de Justicia, Bogotá, D. E.: Librería Temis Ltda., junio de 1974, p. 23.

⁵⁶ Cfr. Gaitán Mahecha, Bernardo, *Estudios Penales. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha*, Bogotá, D. C.: Legis, 2005, pp. 7-8.

⁵⁷ *Ibidem*.

modo de ser, de pensar o vivir, o por su carácter, constitución, temperamento, o disposición, sino, privativamente, por la ejecución de actos que, por su nocividad y inevitabilidad son declarados punibles por la ley. Se pena al hombre por lo que hace o deja de hacer en contra del deber jurídico, no por lo que es o por la forma en que asume la existencia...⁵⁸.

Fernández Carrasquilla nos recuerda que sin la realización del hecho típico, no puede haber imputación penal “*nullum crimen sine typus*”, o como señalaba Beling “*no hay delito sin tipicidad*”. Con fundamento en estas premisas, la atipicidad da lugar inexorablemente a la inimputabilidad del hecho, cualquiera que sea su dañosidad social o su repudiabilidad ética. Por último, sostiene este autor, que el principio de reserva legal representa la *carta magna* de los ciudadanos contra la arbitrariedad judicial⁵⁹.

En palabras de Estrada Vélez, la única fuente de producción del derecho penal es el Estado, por el principio constitucional del artículo 26 de la Carta Política de 1886, al igual que la vigente, expresaba que “*nadie puede ser juzgado sino por un hecho previamente sancionado por la ley como delito*”, constituye un postulado indestructible del moderno derecho penal en el llamado *principio de reserva o de legalidad del delito*, que se enuncia con la máxima latina “*Nullum crimen sine lege*”⁶⁰.

Expresión surgida del pensamiento iluminista del siglo XVIII que revolucionó completamente la filosofía política de la época y en contra del absolutismo⁶¹ del Estado opuesto a la libertad del individuo, así la nueva orientación asume el carácter de un verdadero principio constitucional, vigente desde la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 y luego incorporado en el derecho público de la gran mayoría de las naciones de cultura occidental. De tal principio fundamental se

⁵⁸ Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental, 2ª edición, Vol. I*, Bogotá: Editorial Temis, S. A., 1986, pp. 31-32.

⁵⁹ *Ibid*, p. 88.

⁶⁰ Estrada Vélez, Federico, *Derecho Penal. Parte General. 2ª edición*, Bogotá: Editorial Temis, S. A., 1986, p. 37.

⁶¹ Para Estrada Vélez, el origen de la tipicidad se puede ubicar en el pensamiento iluminista de la Revolución Francesa, no como un concepto suficientemente elaborado sino en sus primeras manifestaciones. Pues en efecto, los bienes jurídicos estaban sometidos a la arbitrariedad de los jueces, fundada esta, a su vez, no solo en la mentalidad de la época, sino primordialmente en las concepciones vigentes sobre la potestad de castigar y sobre la ausencia de un sistema de normas que limitara el poder del Estado o de los príncipes frente al individuo. Por ello, toda ilicitud culpable podía ser penalmente castigada, así no estuviera expresamente prevista en una norma legal. Como una reacción contra este estado de cosas surgió el principio “*nullum crimen sine lege*”, y se advirtieron las primeras manifestaciones del “*corpus criminis o corpus delicti*”, como una garantía democrática sustancial para el individuo frente al Estado. Véase: Estrada Vélez, Federico, *Derecho Penal. Parte General. 2ª edición*, Bogotá: Editorial Temis, S. A., 1986, p. 117.

derivan otros de igual importancia, como los son: *nulla poena sine praevia lege* (no puede imponerse sanción alguna si no ha sido determinada por la ley); *nemo iudex sine lege* (principio de la legalidad del juez, que debe estar instituido constitucional y legalmente); *nulla poena sine iudicio legale* (no puede imponerse ninguna pena sin la previa aplicación del procedimiento penal creado y reglamentado por la ley)⁶².

Es así que Romero Soto, nos recuerda que la Ley como fuente del derecho penal y enunciado en el principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, fue heredado de la Carta Magna, formulado en su locución latina por Feuerbach y preconizado antes por Beccaria. Principio al que el autor, citando a Cossio y a Jiménez De Asúa, otorga un fundamento filosófico, pues se trata de una restricción, debido a que, al no existir igualdad entre el delito y la pena, porque la última pertenece a lo irracional, y el delito –transgresión de un deber– pertenece al plano de lo racional, resulta indispensable poner límite a lo irracional a través de un precepto racional, que no es otro que la ley⁶³.

Pero, además, científicamente este principio halla fundamento en que, si la pena para producir sus verdaderos efectos necesita que se encuentren perfectamente definidos de antemano, tanto el hecho al que ha de aplicarse como la naturaleza y cuantía de la misma, deben garantizarse tales elementos de manera que se protejan los derechos del infractor y sobre todo, del no delincuente. Aunado a este punto, el principio referido ha tenido singular importancia en la formulación, por parte de Beling, de la teoría del tipo de delito (*Tätbestand*), según la cual, para que un hecho pueda ser sancionado como delito, es necesario que se ajuste a los elementos contenidos en la ley⁶⁴.

Ya en el campo político, el principio de legalidad obtiene mayor trascendencia, pues representa un límite infranqueable para la arbitrariedad de los gobernantes y de él se derivan, entre otras, la prohibición de la retroactividad de la ley penal (irretroactividad de la ley); la prohibición de la analogía; la inadmisibilidad de la costumbre como fuente del derecho penal, y la imposibilidad de que un reglamento no delegado contenga normas penales. Estos argumentos expuestos por Romero Soto, se resumen en que ningún hecho puede ser considerado como delito si una ley (en sentido material) no lo prevé como tal, ni puede aplicarse pena alguna que no haya sido especialmente establecida para ese hecho por una ley⁶⁵.

⁶² *Ibid*, p. 88.

⁶³ Romero Soto, Luis Enrique, *Derecho Penal. Parte General, Vol. I*, Bogotá, D. E.: Editorial Temis, 1969, p. 176.

⁶⁴ *Ibid*, p. 177.

⁶⁵ *Ibidem*.

Frente al peso de la universalidad, la posición mayoritaria de la Sala parece reducir el punto a un problema de “interpretación” pues según ésta los hechos objeto del presente caso:

[...] no pueden ser juzgados con los parámetros de la **interpretación formal del derecho**, porque la violenta e irracional toma del Palacio de Justicia por parte de un grupo que pretendía utilizar a la Corte para juzgar al gobierno ocurrió en una época regida bajo un esquema legal que hizo del Estado de Sitio un instrumento para lograr una artificial cohesión ciudadana y un elemento sustancial de la defensa del orden constitucional, como fin en sí mismo, por encima incluso de la dignidad humana.

Quienes salvamos el voto no podemos compartir este tipo de afirmaciones las cuales son finalmente el punto de partida de la decisión dividida adoptada por la Sala. Lo primero, porque es evidente que el ejercicio intelectual a que se acude es, en nuestra modesta opinión, una actividad de ponderación inaceptable que construye una antinomia totalmente artificial, entre justicia y derecho, razón de Estado y derechos humanos, ley y dignidad humana, interpretación formal e interpretación material. En nuestro entendido se parte de la presunción de que la historia constitucional del país y el derecho en sí mismo, se funda con la Constitución de 1991, porque todo lo anterior sería una vana pretensión creada “bajo los estereotipos del derecho del pasado”⁶⁶.

Y es que el concepto de “ponderación”, tan desarrollado y aceptado sin miramiento, implica un riesgo de inseguridad jurídica y, sobre todo, de arbitrariedad al hacer prevalecer un principio sobre otro, particularmente cuando se desestima que todo principio entraña un derecho fundamental. El profesor argentino Leandro Vergara, sostiene que existe una relación inescindible e innegable sobre derechos fundamentales y principios:

[...] ello se explica porque los derechos fundamentales tienen en su contenido principios de máxima importancia (...) Los principios expresan derechos y lo hacen de un modo abierto cuya indeterminación es su característica más saliente. Si bien se pueden realizar en más o menos, lo cierto es que en su formulación, no se visualiza, a priori, las condiciones precisas de su aplicación (...) La nota destacada, en este caso, es la alta dosis de indeterminación de cómo y en que manera se realiza ese principio o ese derecho. Con esto aparece el primer problema: ¿Cómo se hace para realizar un derecho (principio) sin salir de la indeterminación? La respuesta es sencilla: ello no es posible, salvo arbitrariedad. Por lo tanto, será necesario realizar interpretaciones. Del tipo de interpretaciones y argumentaciones, dependerá la racionalidad de la decisión o su ausencia⁶⁷.

⁶⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 46382, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, p. 72.

⁶⁷ Vargas, Leandro. El desarrollo de los derechos. Obra inédita, p. 5.

En efecto, en este punto surge entonces la dificultad de determinar si un principio debe prevalecer sobre otro cuando lo que el ejercicio interpretativo debe evidenciar es que una de las propuestas será adecuada al caso concreto desplazando a la otra por resultar inaplicable, es decir no se trata de que se derrote un principio sino que se debe elegir aquel que resulta el procedente frente a la situación examinada, de manera que se garantiza la seriedad del sistema jurídico pues la coherencia interpretativa de encontrar la regla aplicable, que contiene el principio objeto de protección, garantiza un sistema jurídico razonable⁶⁸ que evite por supuesto la arbitrariedad en las inadecuadas interpretaciones de la norma.

En otras palabras, no se trata de determinar si el principio de legalidad es flexible o prevalece sobre otros preceptos que convergen en el proceso penal, la tarea del operador judicial es desentrañar con precisión cual es el derecho que se correlaciona con ese principio de manera que se encuentre la fórmula aplicable al caso, manteniendo la inalterabilidad del ordenamiento jurídico y su concepción de garantía alrededor del procesado.

El ejercicio ponderativo al que acudió la sentencia, morigerando la importancia de la legalidad en cuanto es inexistente el delito sin ley previa que lo determine y especifique como principio rector del proceso penal, supone una inseguridad jurídica en general, tal como el mismo autor Vargas lo sostiene:

El problema de argumentar ponderativo es que el principio conculcado del caso, por seguir siendo un principio vigente, continúa ejerciendo su peso. Siguiendo la metáfora del peso, el perdedor insatisfecho pedirá una nueva balanza que pese mejor, o, en concreto, exigirá la presencia de otro juez que sepa pesar mejor. Para el vencido, su principio postergado quedará como residuo insatisfecho a la espera de algún tipo de compensación. Y del lado del ganador que derrotó al principio en pugna, aunque esté satisfecho porque ganó, tampoco estará tranquilo, ya que, si en el futuro tuviera un caso similar, aparecerá otro juez con su propia balanza. Ya no estará seguro de que el nuevo juez repita los mismos resultados. Digamos que se resentiría la seguridad y previsibilidad, porque no habría estabilidad en los criterios de decisión⁶⁹. O, lo que es peor, se estaría gobernando por la casuística⁷⁰.

En segundo lugar, por virtud de tal ejercicio, más que interpretar se pondera, evitando la labor de subsunción a pesar de existir claras y expresas reglas jurídicas aplicables al caso. Las consecuencias: el desconocimiento del principio de irretroactividad de la ley penal como colofón de la violación flagrante del principio de legalidad.

⁶⁸ Cfr. *Ibid.*, pág 6

⁶⁹ Atienza Rodríguez, Manuel y García Amado, José Antonio. Un debate sobre la ponderación. Lima-Bogotá. Palestra - Temis, 2012. Ver especialmente este debate realizado en género epistolar en el que los autores confrontan sus propias ideas en torno al tema de la ponderación.

⁷⁰ Vargas, *Ibid.*, p. 52.

Para menguar las dificultades expuestas en este salvamento, la posición mayoritaria de la Sala acude al expediente del carácter permanente del delito de desaparición forzada, circunstancia que no compartimos y que, como demostraremos en capítulo separado, no solamente contradice las normas básicas de la lógica formal, sino que omite sin razón la imputación al tipo subjetivo de la conducta que se analiza.

En este orden de ideas, el delito por el cual fue condenado como coautor el General (r) Jesús Armando Arias Cabrales, a saber: Desaparición Forzada de Personas fue tipificado con la Ley 589 de 2000⁷¹, es decir, después de casi quince años de ocurridos los hechos que tuvieron lugar en desarrollo de la operación de retoma del Palacio de Justicia.

Como refuerzo de la argumentación –más allá del alegato de la permanencia– se pretende la preexistencia a los de una norma penal fundada en la vigencia de los tratados sobre derechos humanos que incluso tendrían sus raíces en los postulados de la Declaración de Derechos Humanos de 1945 que constituirían una especie de espíritu que vendría a consolidarse en la Constitución de 1991 pero que la preceden en su vigencia. Por eso se habla de “permanencia” de un comportamiento anterior a 2000.

Lo que no puede soslayarse es que bajo esta óptica, se estarían desatendiendo los postulados constitucionales previstos en los artículos 28 y 29 y contrariando la –no derogada– Ley 7 de noviembre 30 de 1944⁷² que versa “Sobre la vigencia en Colombia de los Tratados Internacionales, y su publicación”, la cual establece:

– Art. 1º Los Tratados, Convenios, Convenciones, Acuerdos, Arreglos u otros actos internacionales aprobados por el Congreso, de conformidad con los artículos 69 y 116 de la Constitución⁷³, no se considerarán vigentes como leyes internas, mientras no hayan sido perfeccionados por el Gobierno en su carácter de tales, mediante el canje de ratificaciones o el depósito de los instrumentos de ratificación, u otra formalidad equivalente.

De acuerdo con la norma transcrita y para la época de los hechos, ningún instrumento internacional sobre desaparición forzada de personas había sido aprobado por el Congreso y mucho menos perfeccionado por el Gobierno y es en este sentido que la Corte Constitucional en sentencia C-368 de 2000 consideró:

Es claro que ni la norma constitucional citada, ni los instrumentos internacionales referidos, ni el artículo demandado permiten que en la actualidad se procese a alguien por el delito de desaparición forzada sin violar el artículo 29 de la Carta Política; ello solo será posible válidamente, una vez entre en vigencia el nuevo Código Penal que consagra tal conducta como delito y señala la pena correspondiente, de acuerdo con las normas pro-

⁷¹ *Diario Oficial* No. 44.073 de 7 de julio de 2000.

⁷² *Diario Oficial*, Año LXXX, N° 25716 de 12 de diciembre de 1944, p. 2.

⁷³ Constitución Política de Colombia de 1886.

cesales que asignen la competencia requerida para conocer de esa clase de hecho punible, y definan las formas propias del juicio que se deberán observar⁷⁴.

Con base en lo anterior, podemos sostener que, en Colombia, únicamente, con la entrada en vigencia de la Ley 589 de 2000 (6 de julio de 2000), el delito de Desaparición Forzada comenzó a tener efectos jurídicos en el país.

Pero el punto de discordancia con la ponencia mayoritaria es de una clara estirpe filosófica-constitucional, pues lo que la providencia cuyo voto salvamos sostiene la existencia de principios por fuera del propio sistema positivo-constitucional. No de otra manera puede entenderse la siguiente manifestación contenida en aquella:

Según esta tesis –se refiere a la defensa– la conducta ocurrió en 1985 y la legislación vigente no tipificaba la desaparición forzada como delito, entonces no había lugar a juzgar al procesado por una conducta no definida en la ley de ese entonces. Sin embargo el problema es que ese método no es eficaz para resolver todos los casos, debido a que existen **principios jurídicos extra sistemáticos** que no están determinados en las leyes positivas y que, por lo tanto, no son identificables en el texto de la ley, lo que complica la solución meramente formal de los llamados casos difíciles.

Como si hubiera estado leyendo el texto de la ponencia mayoritaria el Maestro Luigi Ferrajoli manifiesta de forma lapidaria: “...una solución (considerada) justa de un caso difícil, si no está basada en normas de derecho positivo sino que solo lo está sobre principios morales, no es una solución jurídicamente válida”⁷⁵.

Y la conclusión de la ponencia cuyo voto salvamos no puede ser más clara al respecto: “...la interpretación de la ley no es un problema de subsunción, sino de principios”.

Tamaño afirmación ubica la posición mayoritaria en lo que Ferrajoli denomina “constitucionalismo no positivista o principialista” al cual atribuye el autor los siguientes riesgos que en nuestra respetuosa opinión se concretan claramente en el presente caso y que por ende debemos rechazar enfáticamente:

a) una suerte de dogmatismo y de absolutismo moral conexo con el constitucionalismo concebido como cognoscitivismo ético; b) el debilitamiento del rol normativo de las constituciones y, por ello, de la jerarquía de las fuentes; c) el activismo judicial y el debilitamiento de la sujeción de los jueces a la ley y de la certeza del Derecho, que, a su vez, debilitan las fuentes de legitimación de la jurisdicción”⁷⁶.

⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-368 de 29 de marzo de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁵ Ferrajoli, Luigi. “*Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*”, en: *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34, 2011, p. 32.

⁷⁶ *Ibid*, p. 28.

Resulta en nuestra modesta opinión, que contrario al pensar de la mayoría no se trata de un problema de principios sino de reglas⁷⁷ y ellas no otorgan ningún tipo de dificultad en cuanto a la ocurrencia de los hechos pues no existe vacío en su configuración normativa.

Es clara la inexistencia para el año de 1985 del tipo penal de desaparición forzada, no así la de descripciones de comportamientos como el del secuestro y el homicidio. Que una consideración posterior —de *lege data*— sobre la antijuridicidad de este tipo de conductas cuando se añade el propósito de sustraer a la persona de su entorno físico y jurídico, absteniéndose de informar sobre su paradero es otra cosa, porque el legislador emplea una nueva regla, más específica, pero ciertamente con anterioridad a tal consagración el problema es de subsunción, como también lo es con posterioridad, con independencia del problema de la “permanencia”.

Pero debe señalarse que si en parte alguna del derecho es peligroso en extremo este tipo de dogmatismos es precisamente en el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado porque le permite aplicar la máxima potestad en relación con restricción o extinción de derechos de los individuos. La subsunción jamás puede entenderse como el apego formal al trazo lingüístico de la ley sino como una de las grandes conquistas del derecho penal, fundado también en el principio de la dignidad humana que le permite al individuo conocer con exactitud el contenido de la prohibición penal, en lo objetivo y en lo subjetivo, y determinar su comportamiento con fundamento en ese conocimiento. Lo que no puede es dejarse al capricho del fallador o de sus convicciones íntimas, por más valiosas y acertadas que sean, el decreto y aplicación de la pena.

⁷⁷ Para Ferrajoli, “...la diferencia entre la mayor parte de los principios y las reglas es de carácter no estructural, sino poco más que de estilo. La formulación de muchas normas constitucionales —y, en particular, de los derechos fundamentales— en forma de principios, no es solo un hecho de énfasis retórico, sino que tiene una indudable relevancia política: en primer lugar, porque los principios enuncian expresamente y por ello, solemnemente, los valores ético-políticos que proclaman, en relación con los cuales las reglas son, en cambio, «opacas»; y en segundo lugar, y sobre todo, porque aquéllos, cuando enuncian derechos, sirven para explicitar la titularidad de las normas constitucionales que confieren derechos a las personas o los ciudadanos y, de ahí, la colocación de éstos en posición supra-ordenada al artificio jurídico, como titulares de otros tantos fragmentos de la soberanía popular. Pero más allá del estilo, cualquier principio que enuncia un derecho fundamental—por la recíproca implicación que liga a las expectativas en que, consisten los derechos, con las obligaciones o prohibiciones correspondientes— equivale a la regla consistente en la correlativa obligación o prohibición”. Ferrajoli, op., cit., p. 39.

3. Sobre la permanencia

Al criterio de la posición mayoritaria sobre lo que ésta entiende como “interpretación material” de la ley penal, se suma el de la **permanencia**, como carácter comportamental del delito de desaparición forzada, argumentación que sirve para sostener la plena tipicidad de una conducta acaecida catorce años antes de su consagración legislativa. El argumento de la H. Sala del cual nos apartamos muy respetuosamente, pasa por dos momentos cuyo punto de inflexión es la promulgación de la Ley 589 de 2000. Antes de este evento, se propone –a nuestro juicio de manera equivocada– una especie de existencia implícita del tipo penal aplicable, con fundamento en la vigencia de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos suscritos por nuestro país. Con posterioridad, el postulado de que el tipo cuya aplicación permite la condena supone una omisión –la de dar a conocer el paradero de la víctima–, implicaría la continuación de la conducta precedente bajo los efectos de la nueva legislación.

Sobre ambos argumentos deben formularse reparos sustanciales que impiden adherirse a aquellos. En primer lugar, resulta, en nuestro criterio flagrantemente violatorio del principio de legalidad, integrar una norma penal de la manera como lo hace la posición mayoritaria adoptada por la Sala. Como se ha señalado en apartes anteriores del presente salvamento de voto, nuestro país no adhirió a los convenios y tratados sobre la materia sino a partir del año 2001⁷⁸, esto es, quince años después de la ocurrencia de los hechos materia del presente proceso de manera tal que alegar la existencia de una norma extra o supra legal que eventualmente consagrara un tipo aplicable, resulta totalmente improcedente.

Pero si aún, en gracia de discusión, se admitiese la posibilidad anotada en los apartes precedentes, el examen del texto de los tratados y convenios en manera alguna permite concebir la existencia de la estructura lógica de una norma penal, más allá de simples recomendaciones a los gobiernos suscriptores de estos instrumentos o de genéricas descripciones –variables de legislación a legislación– pero carentes de una concreta consecuencia jurídica que, como es obvio, apenas puede determinarla cada legislación nacional, de acuerdo con sus criterios de política criminal.

En desarrollo de los postulados del Maestro Del Vecchio sobre la estructura de todas las normas jurídicas la doctrina penal llegó a la suprema definición en absoluto coherente con el principio de reserva de legalidad, de que la norma penal se describe como **un conjunto de precepto y sanción**, esto es, la descripción de una concreta y clara hipótesis de hecho, a la cual se atribuye una determinada consecuencia jurídica que es una pena

⁷⁸ Congreso de la República, Ley 707 de noviembre 28 de 2001, Diario Oficial N° 44632 de 01 de diciembre de 2001.

cuantificable según los intervalos de máximos y mínimos, previa e inequívocamente fijados en la misma.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ilustrado este punto, afirmando que el tipo penal completo es el que contiene el precepto y la sanción con todos sus elementos constitutivos, esto es:

[...] aquel que no necesita complementarse con el contenido de otra norma jurídica del mismo u otro ordenamiento; a su vez el precepto deberá precisar, en primer lugar, el sujeto activo del hecho punible, esto es quien o quienes podrán incurrir en la acción u omisión que se prohíbe; en segundo lugar el sujeto pasivo del mismo, que es el titular del bien jurídico objeto de protección, y en tercer lugar el bien jurídico que se pretende proteger de una conducta específica, cuya referencia y descripción constituyen el cuarto elemento del precepto⁷⁹.

En fallos más recientes, la Corporación basada en los planteamientos de Francesco Antolisei, que La norma penal está constituida por dos elementos:

(i) el precepto (*praeceptum legis*) y (ii) la sanción (*sanctio legis*). El primero de ellos, es entendido como –la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción–. El segundo, se refiere a –la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto–. El precepto desarrolla la tipicidad de hecho punible, pues este elemento es el que contiene la descripción de lo que se debe hacer o no hacer, y, por lo tanto, del hecho constitutivo de la conducta reprochable. Ahora bien, el precepto se integra por varios elementos del tipo que conforman su estructura y que pueden ser sintetizados así: –(i) un sujeto activo, que es quien ejecuta la conducta reprochable y punible; (ii) un sujeto pasivo, que es el titular del bien jurídico que el legislador busca proteger y que resulta afectado con la conducta del sujeto activo; (iii) una conducta, que corresponde al comportamiento de acción o de omisión cuya realización se acomoda a la descripción del tipo y que generalmente se identifica con un verbo rector; y (iii) el objeto de doble entidad; jurídica, en cuanto se refiere al interés que el Estado pretende proteger y que resulta vulnerado con la acción u omisión del sujeto activo, y material, que hace relación a aquello (persona o cosa) sobre lo cual se concreta la vulneración del interés jurídico tutelado y hacia el cual se orienta la conducta del agente–⁸⁰.

A la luz de lo expuesto, basta simplemente confrontar el contenido de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad para concluir, sin ningún tipo de reserva que no existe ninguna norma penal –en sentido íntegro y completo– que permita

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1490 de 02 de noviembre de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-297 de 08 de junio de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

aplicar, en forma y sustancia, una pena concreta para el delito de desaparición forzada. Ello solamente es posible a partir de la vigencia de la Ley 589 de 2000, esto es, casi quince años después de la ocurrencia de los hechos objeto de condena.

Frente al tema, Wolffhügel Gutiérrez señala que no existe norma internacional con un precepto y sanción que tipifique la desaparición forzada, por lo tanto, no es posible en virtud del *ius cogens*, sostener que norma anterior al acto que se imputa ya estaba contenida en convenciones internacionales, pues no ofrece una solución jurídica sólida, en tanto que se fundamenta la tipicidad en la existencia de convenios internacionales que no contienen ni el tipo penal, ni mucho menos la pena, es decir, se trata de un juicio de tipicidad sin tipo penal⁸¹.

Hasta cierto punto, eso fue lo que se observó en el juicio a la Dictadura Militar argentina, conocido también como Juicio a las Juntas y consignado en la *Sentencia Causa 13/84*⁸² seguida en contra de los oficiales superiores retirados Videla, Massera, Agosti, Viola, Lambruschini, Rubens, Galtieri, Anaya y Lami Dozo, se destaca que en un caso de enorme significancia como éste, el Ejecutivo argentino, a través del Decreto N° 158 de 13 de diciembre de 1983, sometió a juicio sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a los citados militares por los delitos de homicidio, privación ilegal de la libertad y tormentos. Es decir, que en ausencia de norma interna que tipificara la desaparición forzada en Argentina, el país austral no recurrió a elementos exteriores para juzgar a las juntas militares⁸³.

⁸¹ Wolffhügel Gutiérrez, Christian; Herrera Ariza, Omar, op., cit., consultado en: «<https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/penal/la-condena-por-desaparicion-forzada>», [en línea]. Wolffhügel, resalta también que los gravísimos hechos ocurridos en el Palacio de Justicia podían adecuarse a tipos penales presentes en el derogado estatuto penal, tales como el secuestro agravado y el homicidio, razón por la cual, el principio de legalidad como límite formal a la potestad punitiva del Estado no hubiese constituido una talanquera para la impartición de justicia, pues es a la vez una herramienta con la que cuenta la sociedad para defenderse del poder punitivo del Estado. *Ibidem*.

⁸² Secretaría de Justicia del Ministerio de Educación y Justicia, “Sentencia Causa 13/84 de 09 de diciembre de 1985” en: *Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal*, Buenos Aires, 1985.

⁸³ En la sentencia de la juntas militares, el delito con mayor número de condenas y contabilizando un total de 496 casos fue el de privación ilegítima de la libertad y los únicos exoficiales condenados a cadena perpetua fueron Rafael Videla y Eduardo Massera, en tanto quedó comprobada la comisión de homicidios a partir del hallazgo de los cadáveres de algunos grupos de víctimas y **siendo la desaparición de personas, la práctica criminal más emblemática de la violencia dictatorial, que careciendo de figura penal, pero tematizada e implícita en el curso judicial no tuvo representación en las condenas**. Cfr. Galante, Diego, *El juicio a las*

El punto es tan claro, que ni aún la propia Fiscalía en primera instancia se atrevió a plantear la teoría que ahora expone la posición mayoritaria de la Sala. En efecto, basta un repaso de la providencia suscrita por la señora Fiscal delegada para apreciar este aserto: “(a) Calificación Provisional de los Hechos. Los hechos que se mencionaron se tipificaron provisionalmente en los penales de *secuestro agravado en concurso con desaparición forzada agravada*” (Énfasis fuera de texto).

En este punto, el ente acusador citó una jurisprudencia de la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, que dada la importancia para la calificación se transcriben a continuación:

Las diferencias entre el precepto español y nuestro Código Penal son evidentes. Mientras que el Código Español se limita a sancionar la conducta por la simple desaparición física, nuestro Código exige consecuencias para esa desaparición... Esa consecuencia, [...] no es otra que la sustracción de la protección legal.

Ese plus que significa la desaparición forzada de personas, nos permite afirmar sin duda que los casos de desaparición forzada que se venían tramitando como secuestro deberán ser tratados como desaparición forzada. En efecto, sabemos que el secuestro consiste en una privación de la libertad que se puede extender en el tiempo, dado el carácter permanente de la conducta. Si la desaparición se limitara a ese mismo elemento, tendríamos que concluir que como consecuencia del respeto al principio de legalidad no se podría iniciar un proceso por desaparición forzada de personas. No obstante, antes de la vigencia de la ley 589 de 2000, el plus que caracteriza a la desaparición forzada de personas es impune. Una vez entra en vigor, ese plus se sanciona, por lo que si el secuestro implica ausencia de información sobre el paradero de la víctima y sustracción de la protección legal, tendremos que concluir que estamos en presencia de un delito de secuestro que deviene en desaparición forzada. En estos casos debe sostenerse un concurso ideal de delitos, pues con el mismo acto se ha vulnerado de maneras diferentes el bien jurídico tutelado.

Así las cosas, la Fiscalía determinó que para abordar el asunto, tomarían tres extremos para decidir correctamente así:

El primero, el concepto de delito permanente. Para nosotros, es de especial interés subrayar que el delito permanente requiere, esencialmente, la facultad, por parte del agente activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creado con su conducta. **El segundo, que consiste en determinar el tiempo del hecho delictivo.** [A] pesar de que hay claridad también para algunos doctrinantes de que se aplica es la ley vigente al momento de “cesación del acto” así sea más fuerte, no sobra advertir, que también existen partidarios de que la favorabilidad debe tener cabida en estos casos como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Dr. Álvaro Orlando Pérez, en donde se

juntas: discursos entre política y justicia en la transición argentina, 1ra Ed., Ediciones UNGS: Argentina, 2019, pp. 74-75.

inclinó la Corte en el año 2006, para considerar que la favorabilidad debía imponerse de igual manera en los comportamientos de ejecución permanente.

Y, el tercero, que tiene que ver con el ámbito de aplicación de la ley en el tiempo. Tipos penales.

Cuando se abrió la investigación se consideraron claramente dos tipos penales que fueron imputados en la indagatoria, conforme a las disposiciones procesales. Se trata del delito de secuestro agravado y del delito de desaparición forzada agravada, los que por el tránsito legislativo, ha generado una sucesión de leyes en el tiempo.

Bajo esta argumentación, la Fiscalía argumentó en primera instancia: “(5) Sin embargo y ante la realidad del comportamiento, afirmamos en su oportunidad y así se imputaron los cargos que estamos frente a un delito permanente de secuestro agravado por el numeral 5 hasta el año 2001...”.

Con base en los argumentos expuestos hasta este momento no es posible compartir en forma alguna la posición mayoritaria sostenida por la Honorable Sala en el sentido de afirmar para el presente caso la existencia del delito de desaparición forzada, y sin solución de continuidad, desde la ocurrencia de los hechos en el año de 1985 y hasta la fecha, merced al carácter de permanencia que se predica del referido tipo penal. Ahora bien, tampoco es posible hacerlo con posterioridad a la vigencia de la referida ley, porque ello implica una inadecuada interpretación del artículo 165 de nuestra actual codificación penal.

En efecto, el planteamiento de cuya exposición nos apartamos tiene dos enfoques, el primero de ellos, ya rebatido de alguna manera, en el sentido de que el tránsito de legislación de la normatividad del Código Penal de 1980 a la vigencia de las Leyes 589 y 599 de 2000 significaría apenas una consolidación de la norma aplicable a la conducta condenada, pues el tipo existiría con anterioridad en los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia. Como consideramos que ello no es así, y que no existe norma previa que subsuma el comportamiento en comento, mal puede otorgarse el carácter de permanente a aquello que no tiene una existencia previa.

De manera residual debe evaluarse en segundo término la tesis esbozada por la Fiscalía Delegada, según la cual, de cualquier forma, una vez ya se ha tipificado expresamente el delito de desaparición forzada en el año 2000 –mediante las leyes indicadas– la conducta omisiva y permanente consistente en *“el ocultamiento y la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola al amparo de la ley”* perfeccionaría, con más veras, el tipo penal de desaparición forzada.

A nuestro juicio, esta última posición tampoco es aceptable pues implica una errónea interpretación del tipo penal de desaparición forzada dividiendo de manera artificial el núcleo rector del comportamiento. Si bien la descripción aludida plantea la creación de un tipo penal complejo o compuesto por cuanto a más de la privación de la libertad de la

persona es necesario su ocultamiento y la negativa a reconocer esa privación o dar información sobre su paradero, esa complejidad que se expresa en la presencia de varios verbos rectores es necesaria para el perfeccionamiento del tipo. En otras palabras, no puede dividirse el núcleo rector típico: por un lado la privación de la libertad, y por otro la negativa a reconocer esa privación o a dar la información sobre el paradero de la víctima.

Si bien la desaparición forzada es un comportamiento de naturaleza permanente que extiende sus efectos hasta que la persona es liberada o encontrada o hasta que se informa de su privación o destino, también lo es y de manera concluyente, que su perfeccionamiento es instantáneo. Tal calidad se determina en el tipo subjetivo pues lo que el agente de la conducta busca –desde el primer momento– es no solamente la privación de la libertad sino la sustracción de la víctima al amparo de la ley, ocultándola y negándose a reconocer su privación o a dar información sobre su paradero. Reiteramos, la conducta *sub examine* no es divisible porque si el propósito no es unívoco desde el mismo comienzo, ni el tipo objetivo ni el tipo subjetivo admiten la subsunción.

Precisamente, tal fenómeno de atipicidad es el que se evidencia en el análisis que pretende realizarse a partir de la vigencia de la Ley 589 de 2000 por parte de la posición mayoritaria de la Honorable Sala, pues si el tipo aplicable que para hechos ocurridos en 1985 en manera alguna podía ser –por todas las razones anotadas– el de desaparición forzada, su perfeccionamiento habría ocurrido de manera instantánea en esa fecha y precisamente para el tipo de secuestro –este si existente– tanto en su fase objetiva, como subjetiva. No resulta lógico ni ajustado a derecho pretender una mutación de la conducta, de secuestro a desaparición forzada dividiendo el núcleo rector del comportamiento, para señalar, contra toda lógica, que la sola privación de la libertad ocurrió en 1985, pero que el plus que añade el tipo de desaparición forzada para convertirlo en un tipo especial solo se verificó en el año 2000.

Finalmente, no puede hablarse de ejecución permanente de un comportamiento sobre la base de un delito que para la fecha que comenzó a desplegarse aún no había sido tipificado. Al respecto, Reyes Alvarado sostiene que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad opera únicamente ante los tribunales internacionales y en caso de asumir que también lo fueran a nivel interno, las normas que los consagran podrían ser aplicadas a los casos cometidos con posterioridad al momento de su entrada en vigencia, toda vez que la extensión de sus efectos a conductas desarrolladas con anterioridad a la existencia de las normas vulnera un principio estructural del derecho penal, conocido como la favorabilidad⁸⁴.

⁸⁴ Reyes Alvarado, Yesid, “Delitos de Lesa Humanidad vs. Principio de Favorabilidad”, en: El Espectador [30 de marzo de 2013], consultado el 04 de octubre de 2019. Disponible en: <https://>

Es por eso que, si la desaparición forzada es un delito permanente que requiere el incumplimiento de informar el paradero de la víctima por parte del autor, ese deber de informar, no puede demostrarse sin la preexistencia de una norma penal, pues la ley debe ser anterior a dicho acto y la aplicación de una posterior deviene en retroactiva⁸⁵.

4. Ausencia de juez natural

Los hechos ocurridos en la toma y retoma del Palacio de Justicia, que tuvieron lugar los días 06 y 07 de noviembre de 1985, cuando al entonces General Jesús Armando Arias Cabrales, quien comandaba la Brigada XIII, se le encomendó desde el ejecutivo que llevara a cabo las operaciones necesarias para retomar el control del Palacio de Justicia, violentado por el desmovilizado grupo guerrillero M-19. En las circunstancias descritas y en la calidad de General de la República del hoy condenado, se debió investigar, acusar y juzgar los hechos imputados, que no son otros que la presunta desaparición forzada de CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA, BERNARDO BELTRÁN HERNÁNDEZ, LUZ MARY PORTELA DE LEÓN, DAVID SUSPEZ CELIS e IRMA FRANCO PINEDA.

Es en este sentido, que se presenta un primer problema, ya explorado líneas atrás, cuando se decide ACUSAR y JUZGAR por un delito de Desaparición Forzada que no existía para el momento de ocurrencia de los hechos, pues para la época en que se presentó el comportamiento estaba vigente la Constitución Política de 1886, que asignaba competencia a la Corte Suprema de Justicia, tal como se desprende del artículo 151, numeral 2° de la Carta Fundamental que establecía:

Artículo 151. Son atribuciones especiales de la Corte Suprema de Justicia: [...] (2) Conocer **las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes** o por mal desempeño de sus funciones, se promueva contra los Jefes de Departamentos Administrativos, el Contralor General de la República, los Agentes Consulares o Diplomáticos de la Nación, los Gobernadores, los Magistrados de Tribunales de Distrito, **los Comandantes Generales**, y los Jefes Superiores de las Oficinas Principales de Hacienda de la Nación (negrillas fuera del texto).

Igualmente, se debe tener en cuenta que al General (r) Arias Cabrales se le investiga y juzga estando vigente la Constitución Política de 1991, que en su artículo 235, establece las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia y señala que a esta Corporación, le corresponde juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de

www.elespectador.com/opinion/delitos-de-lesa-humanidad-vs-principio-de-favorabilidad, “en línea”.

⁸⁵ Wolffhügel Gutiérrez, Cristian; Herrera Ariza, Omar, op., cit., consultado en: «<https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/penal/la-condena-por-desaparicion-forzada>», [en línea].

la Nación o de sus Delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte Suprema de Justicia, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y Jefes de la misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los *Generales y Almirantes de la Fuerza Pública por los hechos que se le imputen*.

De manera similar, si se revisan los Códigos de Procedimiento Penal vigentes desde el momento de los hechos, también son claros en ello, así el Decreto 50 de 13 de enero de 1987, en el artículo 68, numeral 7 establecía la Competencia de la Corte Suprema de Justicia, señalando que conoce de los procesos por los delitos cometidos por los funcionarios a los que se refieren los ordinales cuarto y segundo de los artículos 102 y 151 de la Constitución Nacional, conforme a lo previsto en el artículo 97 de la misma carta.

El derogado Decreto 2700 de 1991 que entró a regir el 1° de julio de 1992, en su artículo 68 señalaba la competencia de la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, estableciendo que conoce del juzgamiento de los funcionarios a los que se refieren los numerales 2, 3 y 4 del artículo 235 de la Constitución Política, y dentro de ellos se encuentra el Juzgamiento de los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública para los hechos punibles que se les imputen.

Por su parte, la Ley 600 de 2000 en el artículo 75, numeral 6, establece que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, conoce del juzgamiento de los funcionarios a que se refieren los artículos 235, numeral 4 de la Constitución Política, dentro de los que se encuentran incluidos los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública por los hechos que se le imputen, lo que implica que tanto a partir de la norma constitucional y la norma procesal, el juzgamiento le corresponde a esta Corporación.

En el caso en estudio, es claro que los hechos que son materia del proceso se produjeron con ocasión de su condición de General de la República, pero además, como Comandante de la Brigada XIII, y por lo mismo esa calidad exigía que se respetara el Fuero Constitucional y que por lo mismo debía ser juzgado por su propio Juez Natural, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, previa acusación del Fiscal General de la Nación, Vicefiscal General o de sus delegados ante la Fiscalía General de la Nación; sin embargo, ello ha sido desechado bajo el argumento de que la desaparición forzada de personas es un delito de carácter permanente que todavía se continúa cometiendo, como señala el fallo a folios 75 y 76:

No es así. Ese argumento parte de una concepción estática de la conducta que se juzga y del derecho. Reduce la problemática a lo acontecido los días 6 y 7 de noviembre de 1985, a las denominadas “toma” y “retoma” del Palacio de Justicia, y por eso su tesis gira alrededor de la idea que se juzga lo que ocurrió en ese momento y no lo que sucedió después;

hasta ahora. Ese planteamiento, incluso, le permite afirmar mediante un curioso vuelco conceptual, que la norma que rige es la Carta de 1886 y no la Constitución de 1991, en la que se plasmó un modelo de justicia con marcado énfasis en la dignidad y los derechos humanos, mediante un cambio en el que a la triada Estado, Sociedad, Individuo, propia del modelo demoliberal, se le opuso la de Individuo, Sociedad, Estado, base de una nueva y sustancial configuración del derecho y de la justicia como valor.

En ese orden, la defensa no tiene en cuenta que *el delito que se le imputa al general Jesús Armando Arias Cabrales es un comportamiento de conducta permanente que se inició el 7 de noviembre de 1985 y que traspasó el umbral de la antigua Constitución, lo que permite que pueda ser valorado bajo las reglas de un nuevo orden político en el que la razón de Estado cede a la dignidad humana, y bajo un sistema normativo que incorpora a nivel interno, sin necesidad de cláusulas adicionales, los tratados sobre derechos humanos como base de la acción estatal y de la interpretación del derecho.*

También añade a folio 78 que en relación con la conducta del agente:

La definición de dicha conducta en esos términos permite sostener que si bien la misma, causalmente, podría estar vinculada con el servicio, no lo está en el marco de la función; causalmente puede encontrarse relación entre una y otra, más nunca una relación de imputación jurídica entre ese tipo de comportamientos y el servicio. Por lo mismo, la competencia para juzgar al oficial no puede radicar en la Justicia Penal Militar, ni en la Corte Suprema de Justicia, investida para investigar y juzgar única y excepcionalmente conductas relacionadas con la función, con el fin de preservar el fuero como garantía institucional y no personal.

En este punto, resulta claro que la actuación del General Arias Cabrales como Comandante de la Brigada XIII del Ejército, lo fue en dicha condición, porque es solo en esa calidad que se le ordenó por sus superiores Comandante del Ejército y Ministro de Defensa, dirigir las acciones encaminadas a la retoma del Palacio de Justicia, situación que es tan puntual y específica que no se puede desligar de su posición militar, la que ejerce en su calidad de General de la República, y por ello es que en este caso concreto, no comparáramos respetuosamente el argumento según el cual la Corte no es competente para juzgar el comportamiento, para preservar el fuero como garantía institucional y no personal; porque es precisamente la condición de General y Comandante de la Brigada XIII, y no por voluntad propia, la que originó su intervención en las acciones de retoma del Palacio de Justicia y ello en consecuencia exigía que fuera juzgado por la Corte Suprema de Justicia, de lo contrario se vulnera el principio de Juez Natural, establecido constitucionalmente en el artículo 29 superior, que enseña que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, *ante Juez o Tribunal competente* y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Principio de Juez Natural, que se constituye en la exigencia política de que, en los Estados de Derecho, solo la ley puede instituir jueces y en todo Juez haya institución de

menester legal⁸⁶, lo que implica que toda persona debe saber quién va a ser su juez natural y que además genera que sea respetado, no pudiendo ser fijado un juez distinto al que le corresponde.

No se puede desconocer el rol en que actuó el General Arias Cabrales a lo largo de los hechos de la llamada toma y retoma del Palacio de Justicia, que no fue otro que en calidad de Comandante de la Brigada XII y en consecuencia es claro, que el Juez Natural debió ser la Corte Suprema de Justicia, derivado de un fuero de naturaleza constitucional que no puede ser desconocido y que exigía su juzgamiento por la Corporación que hoy se pronuncia como Juez de Casación.

5. Naturaleza de los delitos de lesa humanidad

Los hechos acaecidos en la operación de retoma no encuentran sustento en la desaparición forzada de personas, catalogando esta conducta como un delito de lesa humanidad, como expresa el doctrinante Ricardo Posada cuando afirma que los delitos de lesa humanidad se basan en cuatro pilares fundamentales: (1) *generalidad*, (2) *sistematicidad*, (3) *conocimiento*, y (4) *sujeción a cierta política*, elementos estos que permiten asumir la existencia del delito⁸⁷. En tal sentido, para la Corte Suprema de Justicia:

[e]n ese contexto, el crimen de lesa humanidad se distingue de otros crímenes, porque: a) no puede tratarse de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que está dirigido contra una multitud de personas; b) es sistemático, porque se inscribe en un plan criminal cuidadosamente orquestado, que pone en marcha medios tanto públicos como privados, sin que se trate siempre de la ejecución de una política de Estado; c) las conductas deben implicar la comisión de actos inhumanos, de acuerdo con la lista que provee el mismo Estatuto de Roma; d) el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil; y e) el acto debe tener un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales⁸⁸.

Así las cosas, para el citado autor, difícilmente las desapariciones forzadas ocurridas durante la retoma del palacio de justicia cumplen con todos estos requisitos, pues pese a

⁸⁶ Cfr. Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, Bogotá, Temis, 1990 p. 109.

⁸⁷ Posada Maya, Ricardo, “Los delitos de lesa humanidad”, en: Cuadernos Derecho Penal [En línea], No. 4, 2010, p. 133. Disponible en: «http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp/Delitos-de-lesa-humanidad-ricardo-posadaDP4.pdf», pp. 138-139.

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rad. E32022 de 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa. Citado en: Posada Maya, Ricardo, op., cit., p. 133.

que los hechos de gravedad jurídica y trascendencia humana y social, no pueden necesariamente calificarse como actos generales por no ser un ataque masivo contra la población civil, ni tampoco un ataque general con un claro y amplio patrón en el tiempo y espacio. Ya en lo referente a la sistematicidad, la operación de retoma no fue un episodio análogo a los ocurridos en la última dictadura militar de Argentina, en donde se ejecutó un plan criminal sistemático dirigido a secuestrar, torturar, desaparecer y eliminar a cientos de personas que se reputaban sospechosas de ser subversivas, mientras que la desaparición de personas en el Palacio de Justicia, más bien resultó de un conjunto de ataques desarticulados, espontáneos y realizados al azar de las circunstancias en desarrollo de la operación⁸⁹.

En este sentido, Posada señala que no es claro que por parte del Gobierno Central se pretendiera la consolidación de una conducta constitutiva de lesa humanidad, si se tiene en cuenta que el Presidente de la República ordenó la investigación de lo sucedido en el Palacio de Justicia, así mismo, tampoco puede decirse que los planes de defensa fueran planes generales diseñados con el objetivo de realizar delitos de secuestro, desaparición y eliminación de personas, pues solo contenían los lineamientos operacionales generales de la fuerza pública ante situaciones graves de orden público⁹⁰.

Sobre el tema, es la misma línea conceptual del Estatuto de Roma la que determina cual es el contenido de la caracterización de “generalizado y sistemático”, tal como lo precisó la Corte Constitucional en el análisis de exequibilidad de la ley que incorporó dicho estatuto a la normatividad interna:

El “carácter sistemático o generalizado del ataque a la población civil”, ha sido interpretado por los Tribunales Internacionales Ad Hoc. Por ejemplo, el Tribunal Internacional para Ruanda estableció en el caso Akayesu (sept. 2 de 1998) que:

El concepto de “generalizado” puede ser definido como masivo, frecuente, acción en gran escala, llevada adelante en forma colectiva con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas. El concepto de “sistemático” puede ser definido como bien organizado y siguiendo un plan regular sobre la base de una política concertada que involucre recursos sustanciales públicos y privados⁹¹.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, analizando el mismo precedente del caso Akayesu, delimitó tales conceptos constitutivos del delito de lesa humanidad:

En el caso Akayesu el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en cuanto a las particularidades del ataque, precisó que *el carácter generalizado implica que debe ser: frecuente,*

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 142-143.

⁹⁰ *Ibidem.*

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-578 del 30 de junio de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

ejecutado colectivamente, de gravedad considerable y dirigido contra multiplicidad de víctimas; y *sistemático* significa que debe ser cuidadosamente organizado y que atienda un plan o política preconcebida⁹² (Énfasis fuera de texto).

Y es esta Corporación, la que determina que no toda conducta que se adecúe en los preceptos penales contemplados en el artículo 7° del Estatuto de Roma se convierte en forma automática, en un delito de lesa humanidad, pues puede quedarse como una infracción de carácter ordinario:

*(...) para que exista un crimen de lesa humanidad, los actos punibles específicos que se imputan, no solo deben ser los que recoge el artículo 7.1 del Estatuto de Roma, sino que deben ser parte del ataque general o sistemático dirigido contra una población civil. Si las conductas punibles enunciadas no son parte de dicho ataque, estaremos en presencia de un delito ordinario, no ante un crimen de lesa humanidad*⁹³ (Énfasis fuera de texto).

En nuestra consideración, la figura de la lesa humanidad no puede convertirse en el comodín para solventar el inexorable paso del tiempo y permitir que se aplique de manera indiscriminada a toda conducta por más censurable que resulte la misma, tal como esta misma Corte Suprema señaló en el auto ya citado:

La tipificación de los crímenes internacionales debe surgir de la concurrencia de los elementos que caracterizan el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, o los crímenes de guerra, no de las sensaciones o subjetividades que un concreto caso pueda generar al momento de valorarlo⁹⁴.

Y destáquese en este punto, como corolario de lo expuesto *ut supra*, que el principio de legalidad debe aplicarse igualmente frente a las conductas susceptibles de tratamiento de imprescriptibilidad del delito internacional, de manera que solo si se trata de una conducta típica legalmente configurada con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, resulta aplicable tal precepto, lo que en este caso, además de la carencia de los elementos de generalización y sistematicidad, impediría su calificativo en tanto no era una situación punible para la fecha de comisión de los hechos y, en consecuencia, resultaría imposible aplicar las características ya señaladas.

Consideramos entonces que, la calificación impartida en este caso a la conducta para ser considerada como delito de lesa humanidad, con independencia de lo que otros estamentos en materia de responsabilidad del Estado hayan determinado, desconoce los

⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Revisión 34180 del 23 de mayo de 2012. Proceso No. 34180. M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

⁹³ *Ibid*

⁹⁴ *Ibidem*.

elementos configurativos desarrollados tanto en el instrumento supranacional como en las posiciones jurisprudenciales que esta misma Corporación, así como el máximo tribunal constitucional, han establecido para que la conducta se convierta en un crimen de tales características.

6. Principio de congruencia y derecho de defensa

En el caso en estudio, desde la acusación hasta la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal, el General (r) Arias Cabrales fue pasado por las diferentes formas de autoría y coautoría tanto por vía de acción u omisión, como si dogmáticamente fueran las mismas, lo cual termina generando consecuencias complejas frente al derecho de Defensa.

Inicialmente la Fiscal Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en providencia calendada el 09 de marzo de 2009, profiere Resolución de Acusación como autor responsable del delito de Desaparición forzada agravada, artículos 165 y 166.

Posteriormente el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá, mediante providencia de 28 abril de 2011, condenó al acusado, como autor responsable del punible de desaparición forzada agravada. Apelada la Sentencia, el Tribunal Superior de Bogotá, condena al General Arias Cabrales como Coautor mediato, en comisión por omisión en aparatos organizados de poder, a través de una estructura ilícita conformada dentro de la Brigada XIII, por el delito de desaparición forzada prevista en los artículos 165 y 166.

Finalmente la Sala de Casación Penal, condena al General Arias Cabrales como coautor del delito de Desaparición forzada bajo una modalidad de acción.

Como se puede observar, la Judicatura se movió sobre tres estructuras autor, coautor mediato por vías de aparatos organizados de poder bajo la modalidad de omisión y finalmente coautor del delito de Desaparición forzada.

Sea lo primero señalar que haber acusado por un comportamiento a título de autor y condenar como lo hizo el Tribunal por vía de omisión, implica romper la estructura fáctica y jurídica del comportamiento, lo que claramente genera un error de estructura que se conoce como incongruencia entre Resolución de Acusación y Sentencia.

Yerro que busca ser corregido por la Corte, en la medida que dicta sentencia determinado la responsabilidad del General como Coautor bajo la modalidad de acción, pero a la vez con ello se termina afectando al procesado, en la medida que cuando se presentan las demandas de casación tanto por parte de la Defensa como de la Procuraduría General de la Nación, las mismas necesariamente se estructuran buscando romper la presunción de acierto y legalidad que precede el fallo del Tribunal, encaminado a desvirtuar que el General Arias Cabrales no era responsable como coautor mediato por vía de aparatos de poder en la modalidad de omisión, quedando en consecuencia sin posibilidad de contro-

vertir la responsabilidad penal por vía de acción en la medida que esta no fue la modalidad por la que fue condenado.

No se puede desconocer que las demandas aquí presentadas, tanto la de la Procuraduría General de la Nación, como la de la defensa se estructuran en contra de la sentencia de segunda instancia, que había determinado la responsabilidad del General Arias Cabrales como coautor mediato por vía omisiva, y por lo mismo en los cargos construidas en punto de obtener una absolución, nunca se construyó alguno alegando, que no era coautor del ilícito a partir de su participación activa en los hechos, lo que incluso trae como consecuencia que si al momento de construir la demanda de casación, se hubiese presentado algún cargo para desvirtuar la posible responsabilidad por vía de un comportamiento activo, ello habría generado de forma inmediata que el mismo hubiese sido inadmitido, en la medida que no sería posible atacar una sentencia encaminada a demostrar una modalidad de responsabilidad distinta a la que fue probada, lo que implica que en este punto, la defensa se queda sin poder controvertir las razones que finalmente llevan a la Sala de Casación Penal a determinar la responsabilidad del procesado.

El Tribunal Superior de Bogotá, había estructurado su sentencia, partiendo de la base que se había establecido un aparato organizado de poder, al punto que en la sentencia afirma: “El caso en estudio demuestra que en efecto se presenta la fungibilidad de ejecutores, con disponibilidad para la realización del hecho en diferentes grados de convicción, elevada en unos y renuente en otros”⁹⁵.

Adicionalmente y en punto del General Arias Cabrales, determina el Tribunal:

No se alegó, ni se probó en este caso, que el General acusado hubiera planeado o establecido personalmente junto con alguno de sus pares o subordinados una política ilícita, o las instrucciones terminantes, o dado la orden específica de que fueran desaparecidos forzosamente quienes fueran sospechosos o probados guerrilleros; pero **si está probado que como superior en la cúspide de la brigada militar que reiteró y ejecutó el plan de acción, no contrarrestó o impidió la ejecución de esas instrucciones ilegales –pudiendo hacerlo– por lo que se imputa el resultado, a título de coautor mediato en relación con los otros coautores intermedio y ejecutores finales que reiteraron, transmitieron y cumplieron las órdenes terminantes de desapariciones forzadas**⁹⁶.

Y más adelante agrega:

Pero como no hay prueba específica y directa de que el General ARIAS CABRALES haya intervenido personalmente en la adopción de las instrucciones terminantes ilícitas,

⁹⁵ Folio 268 de la sentencia de segunda instancia.

⁹⁶ Folio 271 de la sentencia del Tribunal.

lo único que se le puede enrostrar en esta sentencia como su propio hecho es el haber callado en el momento preciso en que se requería su voz de mando para impedir que se cumplieran (sic) con el tratamiento de los sospechosos contrario a la ley que término en su desaparición forzada⁹⁷.

Estos tres apartes que además se encuentran a manera de colofón en la sentencia del Tribunal superior de Bogotá, permiten señalar que para esta Corporación se estructuró un aparato organizado de poder del cual hizo parte el entonces General Arias Cabrales, que en su condición de Comandante de la Brigada XIII, tenía posición de garante y que no impidió que se realicen los comportamientos de desaparición forzada pudiendo hacerlo, señalando que de este forma se configura la responsabilidad en la medida que nunca se probó que hubiese dado una orden, que no hay prueba específica y directa de que el General ARIAS CABRALES, haya intervenido personalmente en la adopción de la instrucciones terminantes ilícitas, lo único que se le puede enrostrar es el haber callado en el momento preciso que se requería su voz de mando para impedir que se cumpliera con el tratamiento de los sospechosos.

Más aún, en su conclusión el Tribunal señala:

Es claro entonces que no se le imputa el resultado por el solo hecho de hacer parte de la organización, o porque esta organización se separa momentáneamente o reiteradamente del orden jurídico⁹⁸, sino porque con ese inoportuno silencio permitió la realización del riesgo ilícito creado.

Es decir “ese inoportuno silencio, permitió la realización del riesgo ilícito creado” y a partir de ese inoportuno silencio se establece la responsabilidad penal.

Acorde con los anterior, a partir de estos hechos que fueron probados por el Tribunal la defensa debía estructurar su demanda, encaminada a demostrar que no era cierto que se hubiese probado la existencia de un aparato organizado de poder y/o que el General Arias Cabrales a pesar de tener Posición de Garante, no evitó pudiendo hacerlo que se realizaran los comportamiento de desaparición forzada realizados por sus hombres.

Siendo ello así, es claro que frente a la casación se establece un límite por parte del Tribunal de segunda instancia, se debe discutir si el condenado es o no responsable penalmente del delito de desaparición forzada como coautor mediato en comisión por omisión, en aparatos organizados de poder a través de una estructura ilícita conformada dentro de la Brigada XIII que comandaba. Limite que establece esta Corporación precisamente al determinar de esta forma la responsabilidad del acusado en la parte resolutive de la sentencia.

⁹⁷ Folio 274 de la sentencia de segunda instancia.

⁹⁸ Folio 275 de la sentencia del Tribunal.

Si se establece así ese límite y teniendo en cuenta que la demanda de casación se construye para atacar la misma, en consecuencia quien lo hizo queda inhibido de construir una a partir de hechos que no fueron establecidos como probados por el Tribunal.

Señalamos hechos porque el Tribunal lo que determinó es que el General (r) Arias Cabrales, nunca dio la orden de realizar los comportamientos de desaparición forzada, sino que su responsabilidad se estructura a partir del hecho de que no dio la orden encaminada a impedir que los comportamientos se realizaran, es más, la Corporación afirmó que *“ese inoportuno silencio permitió la realización del riesgo ilícito creado”*.

Esto lleva a concluir que era a partir de este hecho dado como probado que se debía construir la demanda y en consecuencia que se tenía la garantía de que la Corte debía estructurar su sentencia CASANDO o NO CASANDO la misma, en la medida que la defensa o en este caso el Ministerio Público como recurrente hubiese podido controvertir o no estos hechos probados por el Tribunal.

La Corte, establece que efectivamente el acusado es responsable del delito que se le endilga, pero determina que, “el General **Jesús Armando Arias Cabrales**, al participar de toda esa compleja operación militar ejecutada por él y sus subalternos, no omitió su deber, sino que actuó como coautor, pues concurren en su caso dos elementos esenciales de este tipo de imputación: un elemento objetivo expresado en el aporte a la comisión de la conducta con dominio funcional del hecho en fase ejecutiva y subjetiva que se refleja en la exteriorización de la voluntad con base en el acuerdo o decisión común, como se probó (artículos 23 del Decreto 100 de 1980 y 29 de la Ley 599 de 2000)⁹⁹.”

Es claro que la Casación es un control constitucional y de legalidad frente a la sentencia de segunda instancia, pero también lo es que en la forma como la Sala resuelve el tema, genera para el procesado consecuencias que se concretan que frente a la Corte, se quedó sin poderse defender frente al cargo por el cual fue condenado, en la medida que la forma como la Sala construyó la sentencia no pudo ser discutida ni planteada por los actores en casación, porque no corresponde de ninguna forma a las razones y argumentos así como postura jurídica establecida como probada por el Tribunal en la sentencia, lo que en concepto de quienes aquí disintimos de la posición mayoritaria de la Sala, genera una vulneración al Derecho de defensa, en la medida que no fue frente a un comportamiento de naturaleza activa que se defendió.

El General (r) ARIAS CABRALES no fue condenado por una conducta de naturaleza “activa” por parte del Tribunal y la demanda solo se estructura a partir de lo que establece como probado la Corporación, de lo contrario implicaría poner al actor a imaginar cual será la postura que va a adoptar la Corte, para por esa vía presentar argumentos

⁹⁹ Folio 247 de la sentencia de Casación.

para desvirtuarla, aunado a que si no ajusta el libelo a los hechos probados por el Tribunal la misma como ya lo indicamos sería inadmitida.

En lo que concierne al derecho de Defensa, se deben tener en cuenta las dos vertientes. No solo es una garantía sino medio de defensa al punto que su vulneración permitió en su momento pensar en una nulidad constitucional por violación del artículo 29 de la Constitución.

Derecho de Defensa que es pleno en la Constitucional y que además exige como lo señala el artículo 6 del Código penal que la favorabilidad se aplica sin excepción. Ello implica defender de los cargos que se hacen y en el proceso existen diferentes etapas procesales, siendo fundamental la indagatoria, donde se le hace cargo por hacer.

El Código Penal en su artículo 25 señala dos categorías distintas de la Conducta, por hacer y no hacer, y ello envuelve que la estructura de la misma es adversa, lo que implica que los hechos que son materia de defensa son distintos en la acción y en la omisión. Si se condena por unos cargos distintos de los que fueron materia de ella se asalta la posibilidad de defenderse de los mismos.

Además, se olvida cuál es la verdadera naturaleza jurídica del recurso extraordinario de casación que, como ha dicho la doctrina más calificada,

tiene una función predominantemente parcializada en el sentido de que principalmente tiende a defender los intereses y derechos de las partes procesales (*ius litigatoris*), aunque es cierto que con él se consigue una clara función de protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico (nomofilática) y unificadora de la jurisprudencia en la en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (*ius constitutionis*)¹⁰⁰.

La falta de congruencia se presenta desde dos puntos de vista, la calificación tiene que ser consecuencia de los hechos. Ese problema de incongruencia es un yerro *in procedendo* que rompe la estructura del proceso y se traduce en el rompimiento del principio de legalidad y en violación del derecho de Defensa y debido Proceso.

En el caso en estudio, la Fiscal 4 Delegada ante la Corte Suprema de Justicia profiere Resolución de Acusación, como autor responsable del delito de Desaparición Forzada.

Por su parte la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, decide condenar al General como coautor mediato, en comisión por omisión, en aparatos organizados de poder a través de una estructura ilícita conformada en la Brigada XIII y finalmente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, decide condenar como coautor, señalando a folios 242 y 243, concretamente lo siguiente:

¹⁰⁰ Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez: *Derecho Procesal Penal*, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 638.

El discurso elaborado por el Tribunal para imputarle al general acusado la desaparición de personas a título de “autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder”, deduciéndola de la infracción de un deber a su posición de garante –elemento que no es un supuesto autónomo de autoría–, por haber omitido como jefe de un aparato organizado de poder “ad hoc”, los deberes inherentes a su función frente a la decisión de sus subalternos de ocultar a los sospechosos y retenidos, es equivocada y contraria a la evidencia... la conducta atribuida al general Jesús Armando Arias Cabrales es una manifestación del conflicto armado. Eso, sin embargo, no significa que la única manera de atribuirle el resultado al autor sea recurriendo a la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder por razón de esa situación.

A su turno, la Sala de Casación Penal a la luz de su discurso lo entiende como “coautor”, cuando afirma a folio 247:

Todo ello explica que el general Jesús Armando Arias Cabrales, al participar de toda esa compleja operación militar ejecutada por él y por sus subalternos, no omitió su deber, sino que actuó como coautor, pues concurren en su caso dos elementos esenciales de este tipo de imputación: un elemento objetivo expresado en el aporte a la comisión de la conducta con dominio funcional del hecho en la fase ejecutiva y subjetiva que se refleja en la exteriorización de la voluntad con base en el acuerdo o en la decisión común, como se probó (artículos 23 del Decreto 100 de 1980 y 29 de la Ley 599 de 2000).

Con ello, sin duda, se varió el supuesto fáctico y vulneró el derecho de defensa, lo que torna en nula la actuación, por lo cual se ha debido casar el fallo y dictar uno de reemplazo. Este cargo interpuesto por la defensa del condenado fue, no obstante, desechado para afirmar que en el caso, como se indica a folio 251, se observa es una verdadera coautoría:

Al aclarar, entonces, que la condena es como coautor y no como autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder, la Corte guarda el necesario equilibrio entre acusación y sentencia, y adjudica la norma que corresponde a la situación fáctica, por lo cual no puede existir ninguna disfunción entre la acusación como acto condición y el fallo que se dicta, sobre todo si la solución que se adopta no desconoce el derecho de defensa del acusado, ni agrava su situación judicial.

En este punto, quienes aquí disintimos de la posición mayoritaria, estimamos que la Congruencia implica, que el contenido de la sentencia respete el contenido de la acusación, tanto en los facticos, esto es los hechos que son materia de la acusación, deben ser los mismos hechos que son materia de la sentencia, en lo personal o subjetivo, lo que implica que a la persona que se acuse es a la misma que se dicte sentencia y en los jurídicos, que implica el respeto a la denominación jurídica que se le da a los hechos, pero además que cuando se acusa por una conducta y se dicta sentencia por otra si se puede desconocer el derecho de defensa, en la medida que los elementos dogmáticos de la autoría, no son los mismos que los de la coautoría.

Resulta discutible que se argumente que no se desconoce el derecho de defensa, ni se agrava su situación judicial, porque los elementos dogmáticos y estructurales de la figura por la que se acusa es distinta a aquella por la que fue condenado, pero además porque, aunque la pena puede ser la misma, no deja de hacer incongruente una sentencia, es cierto que la pena no varía, pero también lo es que la estructura de las figuras es diferente, es decir, la congruencia no está determinada porque se imponga una pena mayor que la que fue materia de acusación, puede ser la misma, pero si la estructura de sus figuras es sustancialmente distinta se rompe con la misma.

Comentario

El fallo objeto de análisis y el Salvamento de Voto.

La Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Penal, expidió la sentencia fechada el día 23 de septiembre de 2019, por medio de la cual dispuso no casar la providencia de segunda instancia que había sido dictada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, hace ya poco más de cinco años, en contra el general *Jesús Armando Arias Cabrales* como coautor del delito de desaparición forzada de personas en la toma del Palacio de Justicia del seis y siete de noviembre de 1985. La pieza procesal fue expedida por tres magistrados titulares y cinco conjuces –dos de los cuales salvaron su voto–, todo ello en atención a que los demás magistrados titulares se declararon impedidos. Aquí, dada la importancia del asunto, no se publica la sentencia sino el Salvamento de Voto suscrito por los dos conjuces que disintieron de la mayoría.

Unos crímenes que no pueden ser olvidados.

A no dudarlo, las atrocidades cometidas en el interior del Palacio de Justicia –tanto por los miembros del entonces llamado movimiento M-19 y las fuerzas del orden que pretextaban “recuperar la democracia”– los días seis y siete de noviembre de 1985 son inenarrables, como se desprende del hecho de que en total hayan muerto 94 personas entre las cuales se encontraban los más preciados magistrados de la Corte Suprema de Justicia, encabezados

por el presidente Alfonso Reyes Echandía. Además, se cometieron plurales desapariciones forzadas, aunque con el correr de los años se han identificado algunos de los cadáveres de quienes se daban por esfumados; una verdadera carnicería que hizo tambalear las instituciones y permitió que los violentos arrodillaran a la sociedad entera.

Desde entonces, la administración de justicia –casi moribunda– perdió su rumbo y emprendió los caminos del despenadero institucional, para caer en la más absoluta descomposición ética, académica y profesional. Ahora, en vez de entregarse a la sagrada tarea de dispensar justicia, muchos de sus magistrados se dedican al clientelismo, la consecución y el reparto de puestos para sus amigos, los viajes de placer, las comilonas, y, como se ha evidenciado en ciertos casos, conforman verdaderos carteles de la toga que compran y venden sus decisiones al mejor postor, en medio de una descomposición generalizada –la misma que también invade a las demás ramas del poder público y a las clases dirigentes, por no decir que al colectivo social todo– que anuncia el caos total.

Aún así, quienes todavía tenemos memoria nunca olvidaremos las imágenes –siempre presentes– del Palacio de Justicia ardiendo en llamas y derrumbándose en medio del accionar de los violentos que, además, convirtieron a nuestros supremos jueces en teas humanas que todavía arden y claman por una sociedad mejor. Por supuesto, todavía retumban en los oídos las palabras sin respuesta del insigne magistrado Alfonso Reyes Echandía cuando clamaba por el cese del fuego.

El manto de impunidad que todo lo cubre.

Los alzados en armas que lideraban el funesto Movimiento 19 de abril o “M-19” (nacido, se dijo entonces, entre la comunidad universitaria como pretexto a raíz del supuesto despojo electoral sufrido por el general Gustavo Rojas Pinilla el día 19 de abril de 1970 quien, pese a haber ganado la contienda no fue declarado presidente de la República, lo que en cambio sí logró el candidato Misael Pastrana Borrero) que propiciaron la toma y

lograron sobrevivir, fueron amnistiados y se reincorporaron oficialmente a la vida civil el ocho de marzo de 1990 y, así hayan renunciado a sus confesos ideales: nacionalismo y socialismo democrático, han detentado importantes cargos en el sector público tras de su intervención en la Asamblea Nacional Constituyente que intervino en la redacción de la, ahora también herida de muerte, Constitución de 1991.

A la par, algunos de los militares que intervinieron en la retoma del Palacio fueron tardíamente procesados y hasta ahora solo uno de ellos ha sido condenado de manera definitiva; se trata del general *Jesús Armando Arias Cabrales* quien lideró la operación militar de retoma y a cuyo accionar se refiere la Sentencia de la cual salvan voto los dos conjuces arriba mencionados. Otro militar, el coronel Luis Alfonso Plazas Vega, quien había sido condenado en primera y segunda instancias a la pena de treinta años de prisión fue, finalmente, absuelto por la propia Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 16 de diciembre de 2015, que contó con el voto afirmativo de cinco magistrados y el salvamento de tres de ellos. Unos quince militares más también son procesados y, por lo menos dos de ellos, ya han sufrido condenas de primera instancia: el coronel Edilberto Sánchez Rubiano y el mayor Óscar William Vásquez, penados cada uno de ellos a 40 años de prisión por el Juzgado 52 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia expedida a comienzos de enero de 2016. A su turno, Iván Ramírez Quintero, Fernando Blanco Gómez y Gustavo Arévalo Moreno, fueron absueltos mediante sentencia proferida por el Juzgado 52 Penal del Circuito de Bogotá el día quince de diciembre de 2011.

En otras palabras: la justicia penal no actuó a tiempo y tampoco le dio el mismo tratamiento a quienes cometieron esos horrendos desaguisados; ausencia de administración de justicia penal, selectividad y olvido son, pues, algunas de las notas de este doloroso acontecimiento que partió en dos la historia del derecho nacional y de la vida institucional.

¿Sentencia en derecho o vindicta?

Por supuesto, cuando se lee la providencia judicial de la cual salvan su voto ambos conjuces una gran desazón recorre las entrañas porque si algo se pasea por ella es la vindicta y el aplastamiento de los principios inspiradores de un derecho penal liberal, como se muestra en seguida de la mano del escrito de los disidentes.

El principio de legalidad.

En efecto, este postulado que es el supremo límite formal al ejercicio de la potestad punitiva del Estado se transgrede cuando al militar encargado de comandar el operativo de rescate se le condenó por un delito que para la época de los hechos no estaba previsto en el ordenamiento jurídico. En otras palabras, se aplicó de forma retroactiva –y en desfavor del reo– la normatividad posterior (la Ley 599 de 2000), algo impensable en un Estado de derecho respetuoso de los pactos mundiales de derechos humanos, en cuya virtud a esa persona se le ha debido procesar por los delitos de homicidio y secuestro previstos para ese momento en el derecho positivo. No obstante, ese organismo, con el pretexto de que el delito endilgado era de carácter permanente –contra lo cual el Salvamento dirige sus certeras críticas–, desecha esa afirmación de la siguiente manera:

Para resolver el tema es indispensable considerar dos premisas: la primera, que la desaparición forzada es un delito de carácter permanente y que como tal corresponde a una criminalidad de poder, y dos, que la interpretación de la ley no es un problema de subsunción, sino de principios. Por tanto, la solución de los problemas jurídicos no puede realizarse solamente a partir de la simple coherencia lingüística de los enunciados legales, sino mediante su interpretación a partir de los principios fundantes del Estado y de la democracia, en la que la dignidad humana es un concepto esencial. Desde esta visión, el delito de desaparición forzada, como delincuencia de poder, se debe entender como una transgresión a la ley "no de sujetos individuales, sino de poderes desenfundados y absolutos, que se caracterizan también por una pretensión de impunidad" (*Ferrajoli, Luigi, Principia Juris, Teoría del derecho y la democracia. Tomo II, Pág. 365*). Por lo tanto, adecuar la conducta al delito de secuestro, en este caso no refleja la real dimensión que la interferencia de dicho comportamiento causa a los

fundamentos democráticos del Estado democrático y de la justicia; a los valores supremos de los derechos humanos, ni a los bienes jurídicos que ese tipo penal protege. Tampoco el delito de secuestro involucra el derecho que tienen quienes son aprehendidos por fuerzas del Estado a ser juzgados por autoridades legítimas, en vez de ser ocultados y despojados a la protección de la ley" (folio 83).

Y añade la providencia suscrita por la mayoría:

De lo expresado se puede concluir que la conducta de desaparición forzada se vincula directamente con el núcleo duro de los derechos humanos, y eso implica que dicho comportamiento que se atribuye al general Jesús Armando Arias Cabrales no puede ser analizado a partir del trazo lingüístico de la ley y de la interpretación formal de sus enunciados, sino desde los principios que se sustentan en los derechos humanos y en los valores de la democracia, que cuando menos desde la proclama del conjunto de naciones en 1978, le confieren sentido a la lucha contra toda forma de abusos de ese tipo por parte de quienes están en el siempre inexcusable deber de cumplir la ley y de proteger al ciudadano.

En este margen hay que aclarar que es posible que una conducta como la que se estudia, que no cesa mientras no aparezcan los desaparecidos, o mientras no se reconozca su desaparición, no haya sido suficientemente comprendida en su ilícita magnitud debido al estado del arte de la interpretación del derecho para el momento en que esa conducta se inició. Pero eso no es posible ahora cuando la axiología de los Estados se cimentan (sic) en la dignidad humana como principio, y en el reconocimiento del hombre como ser social y como valor. De manera que solo un discurso cifrado en la omnipotencia formal de la ley explica que se defienda la inexistente transgresión del principio de legalidad de una conducta que se rige por la ley de ahora –porque el delito permanece– y no por la de antes.

Por eso no es extraño que la conducta mencionada se juzgue bajo normas posteriores al año de 1985 cuando la conducta se inició –artículos 1 de la Ley 589 de 2000, que incorporó el artículo 268 A al Decreto 100 de 1980, y 165 de la Ley 599 de 2000– en tanto estas disposiciones jurídicas son coetáneas a la ejecución permanente y actual de ese comportamiento. En ese sentido, precisamente se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia C 580 del 31 de julio de 2002, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras, en la sentencia del 26 de noviembre de 2008, Caso Tiu Tojín vs. Guatemala... De manera que, en esas condiciones, la transgresión del principio de legalidad que a manera de infracción al debido proceso se alega como causal de nulidad, es formal y materialmente inaceptable (folios 87-88).

Naturalmente, contra esas reflexiones endereza el Salvamento de Voto toda su argumentación para controvertirlas y mostrar que el principio de

legalidad es el supremo límite formal al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, cosa que también sucede en el ámbito del derecho internacional y que el mismo no se puede pisotear con el argumento de que en este último escenario es “flexible”. A tal efecto, como bien lo muestra el texto transcrito, los dos magistrados disidentes acuden a la doctrina nacional e internacional, al derecho positivo y a la jurisprudencia tanto nacional como extranjera. Por eso, son atinadas sus consideraciones cuando aseveran que “no resulta válido que en el caso en estudio se acuda a una norma penal que no existía para el momento de los hechos” porque ello “trae como consecuencia que se transgreda el principio aquí referenciado”; es más, de forma clara exponen:

[...] no se trata de determinar si el principio de legalidad es flexible o prevalece sobre otros preceptos que convergen en el proceso penal, la tarea del operador judicial es desentrañar con precisión cual es el derecho que se correlaciona con ese principio de manera que se encuentre la fórmula aplicable al caso, manteniendo la inalterabilidad del ordenamiento jurídico y su concepción de garantía alrededor del procesado.

Es más, estamos de acuerdo con el Salvamento cuando señala que “es clara la inexistencia para el año de 1985 del tipo penal de desaparición forzada, no así la de descripciones de comportamientos como el del secuestro y el homicidio”.

No se trata de delitos de lesa humanidad.

Según la providencia mayoritaria los hechos objeto de análisis deben ser considerados como delitos de desaparición forzada ubicados como de lesa humanidad. Contra esa conclusión se levanta con toda razón el Salvamento de Voto y con argumentos que no dejan lugar a discusión alguna, sobre todo porque están apuntalados en el derecho internacional, en la jurisprudencia de tribunales nacionales y extranjeros, en la doctrina y en el propio derecho positivo. Con esos puntos de partida, para poderle atribuir a un determinado comportamiento ese calificativo propio del derecho internacional, se deben reunir cuatro notas: generalidad, sistematicidad, conocimiento del ataque y, añádase, sujeción a cierta política dirigida a la población civil; basta leer el

artículo 7° del Estatuto de Roma incorporado al derecho positivo mediante Ley 742 de 2002, para corroborarlo: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

Así las cosas, razón le sobra al Salvamento al desechar esa calificación y afirmar que ella “desconoce los elementos configurativos desarrollados tanto en el instrumento supranacional como en las posiciones jurisprudenciales que esta misma Corporación, así como el máximo tribunal constitucional, han establecido” en estas precisas materias.

La prueba ilícita.

Así mismo, así el Salvamento no aborde el asunto, la condena se edificó sobre evidencias obtenidas sin el apego a la Constitución y a la Ley porque tampoco se respetó el principio de legalidad de la prueba; por ello, por arte de birlibirloque (véase folios 186 y ss.) las grabaciones ilícitas hechas por un radioaficionado terminaron constituyéndose en los dedos acusadores contra el sentenciado, pese a que en el contexto de la normatividad que hoy dice aplicar con toda claridad –y el planteo también era válido a la luz de la Constitución derogada– se dispone en el artículo 29-5 de la Constitución Nacional que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso”. Al respecto, se razona de la siguiente manera pretextando la utilización de un análisis basado en el método de la ponderación:

De otra parte, las grabaciones son el resultado de una conducta lícita, de la captación autorizada de señales incidentales, un comportamiento amparado por la ley; una actuación de particulares y no de servidores públicos, situación que adquiere una relevancia importante en el juicio de ponderación a la hora de determinar la licitud o ilicitud del medio probatorio... la gravedad de la conducta, tanto la de quienes realizaron el ataque al Palacio de Justicia, como la que se atribuye a los oficiales de la fuerza pública, propia de un grave atentado a los Derechos Humanos, imponen en este caso que el derecho a la verdad y a la no impunidad, que es en lo que consiste la justicia material desde este ámbito, primen sobre la formalidad de la orden judicial previa,

mas aun si se asume que con esa actuación no se creó un estado de indefensión para el procesado, en cuanto pudo objetar su contenido en el proceso, sin hacerlo.

De modo que *las comunicaciones así obtenidas no afectan el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso y, por el contrario, los valores que están en conflicto legitiman la validez de la prueba que el juzgado y el Tribunal apreciaron, solución a la que se puede llegar, en este caso, según se ha indicado, desde cualquiera de los tres sistemas que se han puesto de manifiesto, aunque el sistema de la ponderación, por lo indicado, lo resuelve satisfactoriamente* (folios 197-198-199).

Como es obvio, semejante manera de enfocar el asunto comporta –una vez más– la vulneración del principio de la legalidad de la prueba y el reconocimiento de pruebas ilícitas al interior del proceso penal así se acuda a argumentos amañados para justificar semejante transgresión al programa penal de la Constitución.

La incongruencia entre la acusación y la sentencia.

Lo anterior, sin olvidar que –entre otras violaciones del debido proceso– hubo una evidente incongruencia entre la acusación y la sentencia; en efecto, la Fiscalía acusó al imputado Arias Cabrales como “coautor impropio” del delito de desaparición forzada [el día El 9 de marzo de 2009, la Fiscalía lo acusó como “coautor mediato del delito de desaparición forzada agravada” (artículos 165 y 166 de la Ley 600 de 2000)]; a su turno, el 28 de abril de 2011, el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá, lo condenó como “autor mediato a través de aparatos organizados de poder” del delito de desaparición forzada agravada, en “concurso material” por tratarse de once personas desaparecidas. Luego el Tribunal lo sentenció como “autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder” (una figura que no existía –y todavía no está prevista– en el derecho positivo); este planteo de la segunda instancia es desechado por la Sala de Casación porque, entiende, la sentencia de segunda instancia no logró demostrar la existencia de tal aparato en el caso concreto; al respecto dijo:

El discurso elaborado por el Tribunal para imputarle al general acusado la desaparición de personas a título de “autor mediato por omisión en aparatos organizados de

poder", deduciéndola de la infracción de un deber a su posición de garante –elemento que no es un supuesto autónomo de autoría–, por haber omitido como jefe de un aparato organizado de poder "ad hoc", los deberes inherentes a su función frente a la decisión de sus subalternos de ocultar a los sospechosos y retenidos, es equivocada y contraria a la evidencia...la conducta atribuida al general Jesús Armando Arias Cabrales es una manifestación del conflicto armado. Eso, sin embargo, no significa que la única manera de atribuirle el resultado al autor sea recurriendo a la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder por razón de esa situación (folios 242-243).

A su turno, la Sala de Casación Penal a la luz de su discurso lo entiende como "coautor", cuando afirma:

Todo ello explica que el general Jesús Armando Arias Cabrales, al participar de toda esa compleja operación militar ejecutada por él y por sus subalternos, no omitió su deber, sino que actuó como coautor, pues concurren en su caso dos elementos esenciales de este tipo de imputación: un elemento objetivo expresado en el aporte a la comisión de la conducta con dominio funcional del hecho en la fase ejecutiva y subjetiva que se refleja en la exteriorización de la voluntad con base en el acuerdo o en la decisión común, como se probó (artículos 23 del Decreto 100 de 1980 y 29 de la Ley 599 de 2000) (folio 247).

Con ello, sin duda, se varió el supuesto fáctico y vulneró el derecho de defensa, lo que torna en nula la actuación, por lo cual se ha debido casar el fallo y dictar uno de reemplazo. Este cargo interpuesto por la defensa del condenado fue, no obstante, desechado para afirmar que en el caso se observaba una verdadera coautoría:

Al aclarar, entonces, que la condena es como coautor y no como autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder, la Corte guarda el necesario equilibrio entre acusación y sentencia, y adjudica la norma que corresponde a la situación fáctica, por lo cual no puede existir ninguna disfunción entre la acusación como acto condición y el fallo que se dicta, sobre todo si la solución que se adopta no desconoce el derecho de defensa del acusado, ni agrava su situación judicial (folio 251).

Naturalmente, semejante cambio en la calificación tampoco tiene pies ni cabeza porque, entre otras razones, no se especifica con qué persona o personas realizó el imputado las conductas de desaparición forzada, al punto

de que –al hilo de ese razonamiento– se debe concluir que el condenado fue coautor consigo mismo. En otras palabras: una persona no puede ser declarada coautora de una conducta (o de un grupo de ellas como aquí sucede) si no se demuestra que otra u otras también la realizaron con él: hicieron un aporte mutuo, se dividieron las tareas, ese aporte fue esencial y, añádase, acordaron la realización de la conducta típica. Y, adviértase, hasta el momento en el cual se emite la sentencia definitiva el imputado Arias Cabrales era el único condenado en dos instancias, cuando han transcurrido 33 años de los lucuosos hechos.

Sobre ello, el Salvamento de Voto se ocupa de manera detenida en el apartado 6 cuando –tras ligar ese apotegma con el derecho de defensa y explicar muy bien desde el punto de vista técnico los alcances del postulado de la congruencia– advierte con toda claridad la transgresión de este axioma que es piedra angular del debido proceso; bien expresiva y, por ende, compartible en todas sus partes, es la aseveración según la cual en el caso en examen, yendo desde la acusación hasta la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal, el acusado y luego condenado “fue pasado por las diferentes formas de autoría y coautoría tanto por vía de acción u omisión, como si dogmáticamente fueran las mismas, lo cual termina generando consecuencias complejas frente al derecho de Defensa”.

Se jugó, pues, en medio de una pobreza dogmática asustadora y de una confusión conceptual sin límites, a una especie de “totogol” jurídico –para recordar un antiguo juego de azar en materia de apuestas futbolísticas– como si de por medio no estuviera la seguridad jurídica de los procesados y no existiera en la Constitución, la ley y los instrumentos internacionales, un amplio catálogo de garantías que nunca puede ser desconocido como aquí ha sucedido de forma increíble y vergonzosa. Por ello, pues, queda por lo menos para la historia de los ultrajes judiciales la siguiente aseveración de los conjuces que debe rescatarse: “Con ello, sin duda, se varió el supuesto fáctico y vulneró el derecho de defensa, lo que torna en nula la actuación, por lo cual se ha debido casar el fallo y dictar uno de reemplazo”.

Los problemas de competencia: el irrespeto al principio del juez natural.

También, parece evidente que a la luz del derecho entonces vigente –la sentencia lo desconoce para utilizar el derecho positivo que cree aplicable– al general condenado lo ha debido investigar su propio juez natural, que no era otro que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, tal punto de partida se desechó con el argumento de que la desaparición forzada de personas es un delito de carácter permanente que todavía se continúa cometiendo; obsérvese:

No es así. Ese argumento parte de una concepción estática de la conducta que se juzga y del derecho. Reduce la problemática a lo acontecido los días 6 y 7 de noviembre de 1985, a las denominadas "toma" y "retoma" del Palacio de Justicia, y por eso su tesis gira alrededor de la idea que se juzga lo que ocurrió en ese momento y no lo que sucedió después; hasta ahora. Ese planteamiento, incluso, le permite afirmar mediante un curioso vuelco conceptual, que la norma que rige es la Carta de 1886 y no la Constitución de 1991, en la que se plasmó un modelo de justicia con marcado énfasis en la dignidad y los derechos humanos, mediante un cambio en el que a la triada Estado, Sociedad, Individuo, propia del modelo demoliberal, se le opuso la de Individuo, Sociedad, Estado, base de una nueva y sustancial configuración del derecho y de la justicia como valor.

En ese orden, la defensa no tiene en cuenta que *el delito que se le imputa al general Jesús Armando Arias Cabrales es un comportamiento de conducta permanente que se inició el 7 de noviembre de 1985 y que traspasó el umbral de la antigua Constitución, lo que permite que pueda ser valorado bajo las reglas de un nuevo orden político en el que la razón de Estado cede a la dignidad humana, y bajo un sistema normativo que incorpora a nivel interno, sin necesidad de cláusulas adicionales, los tratados sobre derechos humanos como base de la acción estatal y de la interpretación del derecho* (folios 75-76).

Y se añade:

La definición de dicha conducta en esos términos permite sostener que si bien la misma, causalmente, podría estar vinculada con el servicio, no lo está en el marco de la función; causalmente puede encontrarse relación entre una y otra, mas nunca una relación de imputación jurídica entre ese tipo de comportamientos y el servicio. Por lo mismo, la competencia para juzgar al oficial no puede radicar en la Justicia Penal Militar, ni en la Corte Suprema de Justicia, investida para investigar y juzgar única y

excepcionalmente conductas relacionadas con la función, con el fin de preservar el fuero como garantía institucional y no personal (folio 78).

Al respecto resultan de nuevo certeras las consideraciones que hace el Salvamento en el acápite 4 (intitulado como “ausencia de juez natural”), cuando pone de presente que al condenado se le debió respetar su condición de aforado no solo como general de la República sino, al momento de los hechos, como comandante de la Brigada XIII. Eso se desconoció de forma palmaria y la condena se edificó de nuevo sobre el vacío conceptual y los artilugios.

La Corte no casa la sentencia atacada, pero en realidad sí “casa”.

Como acorde con un modelo mixto que mucho debe a las construcciones españolas e italianas, el recurso de casación le permite al tribunal competente –acorde con unas causales específicas– ordenar la reposición del procedimiento por violaciones cometidas durante el trámite y él está facultado para decidir sí, al casar la sentencia impugnada por vicios en la misma, se reenvía el asunto al juez de la causa para que pronuncie un nuevo fallo, o bien, si considera que se cuenta con los elementos suficientes, puede dictar la sentencia de fondo con lo que incluso se sustituye al propio juez sentenciador, extraña el comportamiento observado por la Sala de Casación conformada para resolver el asunto en estudio. En efecto, ese organismo después de resolver “NO CASAR la sentencia recurrida” (folio 252), decide lo siguiente:

Con las precisiones indicadas en la parte motiva de esta decisión, que están dentro del giro de interpretación de la sentencia de primera instancia, *la Sala no casará el fallo. Precizará, simplemente, como se indicó, que la condena es como coautor de la conducta de desaparición forzada y no como autor por omisión en aparatos organizados de poder* (folio 251).

Dicho de otra manera: se volvió a cambiar la imputación, sacrificando el principio de congruencia, y para acabar de ajustar se desconoció de manera flagrante el derecho de defensa del condenado; es más, ese cambio de impu-

tación es completamente arbitrario e inmotivado desconociendo la obligación de motivar las decisiones judiciales. Al respecto, recuérdese lo dicho por la Corte Constitucional (Sent. T-214/2012:

La motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso. Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. La incidencia de los derechos fundamentales en todas las áreas del derecho y la obligación de los jueces y operadores jurídicos de aplicar las reglas legales y/o reglamentarias solo en la medida en que sean conformes con la Carta Política (aspectos conocidos en la doctrina constitucional como efecto irradiación, interpretación conforme y carácter normativo de la Constitución) exigen del juez un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, y que le permita, mediante el despliegue de una argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes, administrar el pluralismo de los principios constitucionales.

Y se agrega:

La motivación es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque solo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque solo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales.

Así se desprende con toda claridad de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, incorporada al ordenamiento mediante la Ley 16 de 1972 y por vía de la figura del bloque de constitucionalidad previsto en el artículo 93 de la Constitución Política, en sus artículos 8 y 25; a este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia del 1 de julio de 2011, caso Chocrón Chocrón *vs.* Venezuela, parágrafo 118), expresa:

Sobre este deber de motivar las decisiones que afectan la estabilidad de los jueces en su cargo, la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido que la motivación "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión". El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

Otro tanto cabe decir cuando se examina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o Pacto de New York, incorporado al ordenamiento mediante la Ley 74 de 1968 y que, por ende, también forma parte del bloque de constitucionalidad. Añádase que, en el derecho interno, ese deber de motivar las decisiones judiciales –en especial las sentencias– se desprende de los artículos 29 y 228 de la Constitución; en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, artículo 55; en el Código General del Proceso de artículos 176 y 280; y, además, se infiere de todo el entramado normativo contenido en la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal vigente. Se trata, pues, de una garantía que no puede ser menoscabada en ningún caso.

Además, se olvida cuál es la verdadera naturaleza jurídica del recurso extraordinario de casación que, como ha dicho la doctrina más calificada, "tiene una función predominantemente parciaria en el sentido de que principalmente tiende a defender los intereses y derechos de las partes procesales (*ius litigatoris*), aunque es cierto que con él se consigue una clara función de protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico (nomo-

filática) y unificadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (*ius constitutionis*)” (Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez: *Derecho Procesal Penal*, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 638).

Estas son, pues, las consecuencias de la utilización del método de la ponderación y de la decisión de los casos de la vida real solo con base en principios. Dicho de otra forma: la que se llama aplicación de la justicia material termina siendo una verdadera injusticia material.

Una amarga conclusión.

En fin, llegados a esta instancia de la presente reflexión queda claro que también los osados jueces de la República que suscriben la providencia en examen cometieron atropellos injustificables desde la perspectiva de un Estado de derecho, con uno de los inculcados por ese bárbaro baño de sangre; por ello, la legalidad vigente queda absolutamente entredicho y se abren las puertas para que, en adelante, la utilización de los mismos criterios posibilite el empleo de unos baremos muy distintos a los existentes para administrar justicia. Pese a ello, y para fortuna del pensamiento democrático que apunta la una judicatura respetuosa de la seguridad jurídica, el Salvamento de Voto tuvo la valentía de reivindicar el ideario demoliberal y las garantías penales.

En fin, esto corrobora el aserto inicial: tras la toma y la retoma del Palacio de Justicia todo el orden jurídico quedó despedazado y la administración de justicia perdió su rumbo; esos caminos, tal vez, nunca podrán ser recuperados de nuevo, la sentencia que hoy se comenta es una muestra palpable de ello. Por eso, en esta oportunidad se debe llamar la atención sobre el valeroso Salvamento de Voto de los dos conjueces quienes –por lo menos– plasmaron un respetuoso disenso e hicieron un llamado a que las sentencias penales no se vuelvan ejercicio de la vindicta pública y sean, de verdad, actuación del poder punitivo del Estado en el marco de una organización social y democrática. Eso solo, pues, justifica publicar aquí tan valerosa pieza procesal.

IV

Reseñas y recensiones

Hernando León Londoño Berrío (2016). Sistemas punitivos y Derechos Humanos. *El caso de la Comuna 13 de Medellín - Colombia*. Bogotá: Universidad de Antioquia - Ediciones Jurídicas Andrés Morales

*Eugenio Raúl Zaffaroni**

El modesto título de esta obra ni siquiera lejanamente refleja la enorme riqueza de su contenido, por lo cual, a estar a los cánones tradicionales, resulta de muy difícil clasificación.

Desde el punto de vista de la criminología, se trata de una obra crítica pero que tiene la gran ventaja de un sustento empírico poco frecuente en los trabajos de esta materia en nuestra región. Desde la perspectiva del derecho penal, no puede menos que dejar muy inquietos a los cultores de nuestro saber que prefieren ignorar metodológicamente la realidad del poder punitivo que habilitan o que directamente no pasa por sus manos. Desde el ángulo de la ciencia política, cuestiona seriamente la idea de democracia y el propio concepto de Estado como proveedor de una supuesta “seguridad”. Desde la visión de la filosofía jurídica, no puede menos que salir mal parada cualquier teoría del conocimiento que obture la incorporación de los datos sociales. Desde el campo de los Derechos Humanos, advierte el riesgo de su empleo perverso como negación de su vigencia.

Creemos que podríamos seguir considerando otras perspectivas, pero lo mencionado es suficiente para demostrar la riqueza de una obra capaz de mover reflexiones en todos esos territorios del conocimiento.

No sabemos si se la puede calificar de *inter* o *transdisciplinaria*, porque estimamos que inaugura una metodología que permite, a partir del análisis de lo sucedido en una comarca y con una visión quizá “holística” (en el sentido

* Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor de la Universidad de Buenos Aires. Tratadista de derecho penal, criminología y política criminal.

de que no desdeña nada capaz de aproximarse a la realidad) logra cuestionar todo el ejercicio del poder punitivo y las particulares consecuencias de sus desenfrenos, yendo incluso más allá, o sea, al terreno mismo de sus coyunturales legitimaciones y deslegitimaciones.

La concreta referencia a la Comuna 13 de Medellín le permite verificar y construir el concepto de “pluralismo punitivo”, o sea, la coexistencia y sucesión de sistemas de ejercicio del poder punitivo que, en el caso concreto, pasó entre 2000 y 2010 (período que analiza) por el poder “miliciano”, “paramilitar” y “estatal”.

Durante esa década, los habitantes de la Comuna 13, por cierto que cercana al centro mismo de la ciudad de Medellín, fueron sometidos a esos tres poderes que, consecuentemente, practicaron sus respectivos sistemas punitivos sobre ellos.

La Comuna fue ocupada por las “milicias”, hasta que contra ellas apareció el poder “paramilitar”. Las milicias habían desatado una lucha contra las bandas de delincuentes que, en alguna medida se sumaron luego a los paramilitares. Finalmente, el Estado decidió intervenir para imponer “orden”, aunque con política de “amigos” respecto de los paramilitares.

Semejante drama es encarado por el distinguido profesor colombiano desde la perspectiva del ejercicio del poder punitivo en cada uno de estos tres momentos. Obviamente que eso solo puede ser llevado a cabo por quien se libera del concepto jurídico-penal formal del poder punitivo, que pretende –o da por supuesto– su ejercicio monopólico por parte del Estado, o sea, por quien supera del idealismo normativista que campea en el terreno de la ciencia jurídico-penal.

El autor dedica páginas a negar que el poder punitivo sea monopolio exclusivo del Estado, frente a quienes, manejando conceptos limitadores como “legalidad” y semejantes, niegan que el ejercicio de poder de los tres momentos haya sido “punitivo”. Desde semejante perspectiva, también habría que negar que todo ejercicio de poder punitivo “ilegal” por parte del Esta-

do sea tal, o sea, que el Estado sería un sujeto privilegiado, que cuando sus mandatarios no actuasen conforme a la “legalidad”, se desentenderá de toda responsabilidad punitiva, descargándola en ellos. En otras palabras: el poder punitivo sería siempre “legal” e inocente.

Con muy buenas razones sostiene que en situaciones como la que analiza se debe hablar de “sistemas punitivos”, sin eludir la discusión amparándose en que no se trata de un trabajo de teoría o dogmática jurídico-penal.

A nuestro juicio, este es uno de los puntos centrales y claves de la obra, incluso aunque se tratase de un trabajo de dogmática jurídica, pues ésta no es una ciencia o saber meramente especulativo (un “art pour l’art”), sino que tiene siempre un objetivo pragmático, que es dirigirse a los jueces (podrías decirse que una “aspiración jurisprudencial”) o a la formación de futuros operadores del sistema penal. Si ese saber se encapsula en el idealismo normativista para pretender que poder punitivo es solo en que ejerce el Estado en forma “lícita”, tenderá a esquizofrenizar a los jueces u operadores, es decir, a entrenarlos para “no ver” el poder punitivo realmente ejercido dentro del propio Estado y también fuera de él, o sea que los formará para que habiliten un poder estatal sin tener la más lejana idea de las consecuencias sociales reales de cada sentencia o resolución.

Si bien el pluralismo punitivo no es exclusivo de situaciones como las de la Comuna 13, pues resulta obvio también en los casos de población originaria, el autor caracteriza la particularidad del que le ocupa como su manifestación en contextos de Estados fragmentados y de soberanía en disputa.

Pero no solo reconoce el pluralismo punitivo entre los poderes de cada uno de estos tres momentos, sino también dentro del momento estatal, donde incluye la desaparición forzada como pena, al igual que la tortura y los tratos crueles, retomando la clasificación de Lola Aniyar de Castro entre el ejercicio formal del poder punitivo, el paralelo y el subterráneo, sin olvidar los aportes de Rosa del Olmo. Precisa que la tendencia al “eficientismo” tiende incluso a formalizar estos modos de ejercicio del poder punitivo bajo el discurso del “derecho penal del enemigo”.

Dentro de cada uno de los momentos de poder que analiza en la Comuna 13, distingue lo que denomina “espacios-tiempo estructurales”, considerando que en cada caso deben tomarse en cuenta cuatro de ellos: el doméstico, el de la comunidad, el del mercado y el de la ciudadanía, lo que le permite entrar luego al análisis meticuloso y pormenorizado de cada uno, a lo largo de muchas páginas y con buena cantidad de testimonios, o sea, con base empírica y registro de las vivencias de los protagonistas.

Pero la investigación no se detiene en estos aspectos, sino que se pregunta también por qué tuvo lugar el sometimiento de la población a estos sistemas, en qué medida fueron aceptados e incluso apoyados y en qué otra fueron rechazados, lo que le lleva a plantear la legitimación y deslegitimación de cada sistema punitivo. Cabe observar que no emplea los términos “legitimación” y “deslegitimación” en sentido tradicional, sino “operacional”, o sea, como aceptación o rechazo por parte de los habitantes.

A medida que se avanza en la investigación se observa que el marco teórico que la encabeza no se limita a satisfacer un mero requisito académico, sino que el catedrático colombiano va perfilando más los conceptos teóricos a medida que los emplea en el texto.

Resulta imposible sintetizar aquí la extensa investigación que contiene esta obra, pero como buena prueba de ese manejo teórico aplicado se puede observar el tratamiento que dedica al sistema punitivo de las milicias y que reiterará luego en los otros momentos de poder.

Es muy interesante que en todos ellos no descuide el “espacio doméstico”, generalmente subestimado, pero que en el marco del patriarcado no deja de ocuparse de conflictos propios como la violencia doméstica. En el “espacio-tiempo” comunitario indaga la regulación de la moral, de las relaciones entre vecinos, de las expresiones estéticas, de las drogas ilegales, de la protección del patrimonio y de la corrupción. En el de la “ciudadanía” se ocupa del tratamiento deparado a los contradictores y disidentes, la resistencia al reclutamiento y los enemigos internos. A esto último lo llama “una parodia de derecho penal del enemigo”). En el “espacio-tiempo” del mercado,

analiza la regulación de los créditos, las penas por deudas y la intervención en los servicios públicos domiciliarios.

En cuanto al procedimiento, señala la existencia en el momento miliciano de un “remedo de proceso”, aunque con alto valor de las sospechas como forma de construcción de la verdad procesal, la información como fuente privilegiada de prueba y la primordial importancia “eficientista”.

Este análisis pormenorizado se reitera en cuanto al poder punitivo paramilitar y a las distintas formas del estatal. En este sentido constituye un ejemplo a seguir en otras investigaciones análogas del rico material similar que, desafortunadamente, abunda en nuestra región.

Sin duda que el análisis llevado a cabo en esta investigación se refiere a un contexto “bélico”, lo que podría hacer pensar que se trata de una excepción que nada tiene que ver y aportar fuera de un marco contextual de esa naturaleza y que, por ende, en tal caso no es capaz de arrojar ninguna luz ni de indicar una metodología adecuada al análisis de otros casos.

No obstante, creemos que la lectura de este importante libro reafirma la vieja afirmación de Tolstoi: “describe tu aldea y serás universal”. No podríamos afirmar a ciencia cierta si tenía razón von Clausewitz o Foucault, o sea, si la guerra es la continuación de la política por otros medios o viceversa, pero tenemos la certeza de que ambos momentos tienen una íntima vinculación, aun cuando no se identifiquen.

El análisis del Prof. Londoño Berrío no se agota en una situación “bélica”, puesto que su metodología se puede transferir sin dificultad a situaciones “políticas” en las que, desde hace décadas nos hemos percatado que el saber penal y el poder jurídico que debe programar está destinado a desempeñar en el momento político un rol equivalente al de la Cruz Roja en el momento bélico.

En efecto: la pluralidad de sistemas punitivos no es ajena al momento político, aunque el momento bélico permita observarla con lente de aumento, tal como se la describe en este libro. Siempre debe tenerse presente que

no porque los fenómenos sean menos notorios dejan de ser tales, sino que únicamente es menester mayor atención para percibirlos.

De toda forma, tampoco es necesaria una sagacidad fuera de lo común para descubrir el “pluralismo punitivo” en los momentos políticos de nuestra región, donde abundan ejecuciones sin proceso, desapariciones de personas en tiempos de “democracia”, torturas y tratos crueles, persecuciones políticas, manipulaciones del ahora llamado “lawfare”, cárceles convertidas en campos de concentración, grupos de exterminio, debilidad de Estados de Derecho, patriarcalismo violento, discriminación étnica, etc.

No hay normativismo idealista ni filosofía del valor que pueda ocultar esta realidad continental, salvo como facilitación de un mecanismo de huida negacionista para quienes no soporten la realidad, o como álibi para quienes por ideología, intereses de clase o comodidad burocrática, prefieran negarla.

En este sentido, nos parece clarísimo que el “pluralismo punitivo” no es exclusivo de los momentos bélicos ni mucho menos, por lo que este libro inaugura una metodología de investigación criminológica y también jurídico-penal y jushumanista combinada que, al parecer, es capaz de presentarse como una de las más prometedoras para el análisis del ejercicio del poder punitivo en Latinoamérica.

Es bastante claro en nuestros países que, en menor o mayor medida, existe un sistema punitivo –en acto o en potencia– que siempre tienden a ejercer las agencias ejecutivas del propio Estado y que, por ende, debe ser continuamente contenido y acotado por el poder jurídico, pues de otro modo las policías se desbordan y los efectos son letales. También en otros casos aparecen grupos “parapoliciales”, “justicieros” o “mafiosos” que ejercen poder punitivo, en ocasiones de forma muy abierta y masiva, alcanzando en algún país cientos de miles de muertos por su violencia y decenas de miles de desaparecidos.

El propio Estado, en el ejercicio incluso formal de su poder punitivo, recluta miles de personas en prisiones reproductoras de violencia, es decir, que

impone penas crueles aun sin condena en la mayoría de los casos, y también jueces que emiten órdenes de captura en cantidades tan exorbitantes que exceden la capacidad de esos campos de concentración tolerados y, por tal razón, ni siquiera pueden cumplirse.

¿Qué derecho penal teorizamos y enseñamos en estas circunstancias? ¿Acaso el que importamos de sociedades donde estos fenómenos no tienen lugar en la aberrante magnitud y notoriedad con que se presentan en las nuestras? ¿No nos percatamos de la diferencia abismal entre los fenómenos punitivos que debe controlar el poder jurídico en esas sociedades y el que tenemos el deber jurídico –y ético– de controlar en las nuestras?

La brecha que observaba Alessandro Baratta entre el saber jurídico y las ciencias sociales significa para los latinoamericanos la denuncia de un saber jurídico que no entrena a los operadores para contener el poder punitivo en nuestras sociedades, o sea, que no es el adecuada para enfrentar el “pluralismo punitivo” que vivimos y sufrimos.

Cuando lo que queda fuera del saber jurídico-penal, es decir, cuando mediante el empleo de una teoría del conocimiento limitante, se excluye de su ámbito epistemológico u horizonte de proyección, un poder punitivo que no tiene la entidad letal del que se ejerce (o se pulsiona para ejercerlo en nuestra región), es posible que esas teorizaciones entrenen a los operadores para ejercer un poder jurídico de contención que sea suficiente para la coexistencia más o menos democrática en esos momentos de la política. Pero cuando en Latinoamérica las ciencias sociales y políticas (y el propio avance jurídico de los Derechos Humanos) nos muestra que se excluye del saber jurídico penal una realidad de letal “pluralismo punitivo”, es obvio que esas teorizaciones limitantes son las menos idóneas para el entrenamiento y formación de los operadores jurídicos que tendrán que vérselas con la contención de ese poder punitivo.

De allí que este libro, entre sus muchos méritos, puede tener el de saldar la deuda de investigación empírica de nuestra teoría criminológica y, al mis-

mo tiempo, el no menor de facilitar metodológicamente la recombinación de ésta con el saber jurídico-penal.

Nada es perfecto como obra humana, por supuesto, pero la apertura de nuevos caminos en este sentido siempre es positiva, en particular cuando se lo hace con la seriedad y el trabajo paciente que muestra esta obra.

Llamamos la atención sobre ella, porque sabemos de sobra que en nuestra región operan prejuicios y, seguramente, no faltará quien pretenda subestimarla considerando que es el análisis de episodios de un “folklore violento” propio y limitado a un rincón de nuestra Patria Grande. Nada sería más lejano de la realidad: se trata de un análisis que abre la perspectiva de una metodología innovadora, libre de ataduras conceptuales falsas y, por ende, aplicable al análisis del poder punitivo en toda América Latina.

Miguel Lamadrid Luengas (2018). El principio de oportunidad como herramienta de política criminal. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales

John E. Zuluaga Taborda*

I

El principio de oportunidad como herramienta de política criminal es la investigación realizada por Miguel Lamadrid Luengas, en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra (España) bajo la supervisión del Profesor Jesús María Silva Sánchez. En esta obra se estudia el principio de oportunidad y el proceso de conversión en elemento común de las legislaciones de los sistemas penales occidentales. El trabajo problematiza la incorporación que ha tenido al procedimiento penal y discute los distintos niveles argumentativos y justificatorios de la figura, especialmente en lo que se refiere al eficientismo penal y las tensiones con el principio de legalidad el cual no es considerado por el autor como una contradicción con el principio de oportunidad.

La investigación se desarrolla en seis grandes partes en las que se aclara lo que debe ser considerado el principio de oportunidad, se propone cómo debe estructurarse para una adecuada aplicación y se muestra cómo es posible justificar su existencia dentro de los sistemas penales occidentales. En la *primera parte*, se discute la irrupción del principio de oportunidad en los sistemas penales hispanoamericanos y en España. Concretamente, se presenta un panorama del proceso penal en los países hispanoamericanos y la regulación que el principio de oportunidad ha tenido en estos países. En la *segunda parte*, se expone la evolución histórica del ministerio público y del principio

* Profesor Asociado en el Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho, Universidad Sergio Arboleda (Colombia). LL. M. y Dr. iur. de la Georg-August-Universität Göttingen (GAU, Alemania). Alumni del DAAD.

de oportunidad. Especial énfasis se hace en el procedimiento penal alemán tanto desde el punto de vista histórico como de su tratamiento normativo actual. En la *tercera parte*, se discute el problema del aumento de la criminalidad y la escasez de recursos judiciales. En este apartado se presenta un abanico de opciones para viabilizar la disponibilidad de los casos penales, como lo que pasa por la descriminalización y la disposición de los casos en las fases de investigación.

Después del detallado recuento histórico, en la *cuarta parte*, se elabora un concepto de principio de oportunidad que tiene como presupuesto el estudio de otras dos nociones: la de culpabilidad mínima y la de interés público en la persecución penal. En este apartado no solo se intenta determinar una noción del principio de oportunidad, sino, además, se logra una caracterización del mismo y se delimitan sus supuestos de aplicación más relevantes. En la *quinta parte*, se presentan algunas consideraciones del principio de oportunidad desde el punto de vista del derecho penal material. Con ello se alcanza una propuesta de organización conceptual del principio de oportunidad a partir de la categoría dogmática del injusto culpable en tres niveles: merecedor de pena, necesitado de pena y sancionable. En la *sexta parte*, se intenta una justificación del principio de oportunidad a partir del análisis a las principales críticas de esta figura. En este acápite se discute este marco justificatorio tanto en el ámbito del sistema penal como desde el análisis económico del derecho.

La obra del Dr. Lamadrid es multidimensional en su estructura y perfiles analíticos. Por un lado, se ocupa de estudiar los aspectos históricos del principio de oportunidad. Por otro lado, aborda la evolución de la figura en contextos caracterizados por el aumento de la criminalidad y el déficit de recursos judiciales. Finalmente, concentra todos sus esfuerzos en proponer un concepto y justificación a esta institución y la aborda como una figura que va más allá de impactos procesales penales. En esa medida, se conciben distintos niveles de análisis pero se articulan de forma tan coherente que permiten una comprensión sistemática, amplia e integral del principio de oportunidad.

II

De igual manera, los distintos niveles de análisis llevan a diferentes y valiosas conclusiones.

En efecto, en primer lugar, el estudio enseña lo significativo del método histórico y permite concebir sus rendimientos distinguiéndolo de explicaciones teóricas acerca de la evolución de la justicia penal. En esa medida, se logra expresar una especial distinción entre teoría y metodología. Esta distinción permite visibilizar de mejor manera los trasfondos y explicaciones de la continuidad o de los cambios del sistema penal en lo que respecta a la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.

En segundo lugar, el trabajo permite apreciar el paralelismo ininterrumpido entre la flexibilización a la estricta aplicación del procedimiento penal y el temor por la relajación en el control al órgano investigador. A pesar de complejidades como la cantidad y calidad de la criminalidad, la congestión judicial y, complementariamente, mandatos como el de objetividad e integralidad en la investigación, la desconfianza ante la flexibilización procesal siempre ha sido una constante. Con esto se muestra que la comprensión del principio de oportunidad ha sido atada a reacciones de diversa índole frente al pragmatismo en la conducción de las investigaciones penales.

También, en tercer lugar, la obra expone con atinada sinceridad los problemas de la omnicomprensividad que hay detrás del concepto principio de oportunidad. Precisamente, porque el mismo se ha instalado como etiqueta de lo que en el fondo son otras formas de terminación anormal de investigaciones penales, es que resulta altamente compleja la comprensión del concepto. En esa medida, el estudio hace un aporte de gran consideración al intentar distinguir el principio de oportunidad de otras manifestaciones de disposición que pueden darse en el proceso penal.

En cuarto lugar, en el intento de delimitación conceptual del principio de oportunidad, el trabajo permite entender con detalle conceptos como el de “culpabilidad mínima” e “interés público”. Con ello se ofrecen herra-

mientas de gran valía para que los operadores judiciales puedan conducir una aplicación adecuada de este principio. A esos fines, el trabajo refuerza los criterios de aplicación con otras múltiples recomendaciones para el potencial trabajo de concreción que debe dar el ministerio público a este concepto.

En quinto lugar, el texto es contundente en reiterar que la principal solución a los problemas del sistema penal no se encuentra en mecanismos de flexibilización al ejercicio de la acción penal como el principio de oportunidad. El trabajo hace una pertinente semblanza de la subsidiariedad y la fragmentariedad del derecho penal como principios que explican, también, el compromiso de mecanismos de control social *ex-ante* al derecho penal.

III

Una de las primeras aspiraciones del estudio se concentra en la aclaración conceptual sobre lo que es el principio de oportunidad. A este propósito el autor recurre a una reflexión crítica de algunos parámetros de comprensión que se han “normalizado” en el entendimiento del principio de oportunidad. Así, por ejemplo, se reprocha el tratamiento indistinto que han tenido situaciones de terminación anormal y/o de discrecionalidad de los operadores judiciales. De igual manera, el autor es enfático en señalar como falsa premisa la afirmación según la cual el principio de oportunidad es una institución ajena a los procesos penales del *civil law*. En otras palabras, se cuestiona la contraposición entre principio de oportunidad y principio de legalidad procesal estricto.

El autor reconoce que la existencia del principio de oportunidad se justifica por razones de rendimientos procesales, concretamente por la necesidad de una mayor eficacia y el requerimiento de una adecuada aplicación de los postulados del derecho material. Desde este prisma se pretende sentar los presupuestos para la formulación de puntos de encuentro entre el principio de oportunidad y el principio de legalidad. Es en este punto donde se encuentra un especial rendimiento analítico por parte del autor. Por un lado, escudriña con sinceridad en las raíces históricas del principio de oportunidad

y, por otro lado, tiene la atinada fundamentación para advertir que en los ejercicios de contraposición aludidos se vinculan insuficientes cabos analíticos, por lo menos en lo que supone al principio de oportunidad como una negación del principio de legalidad.

Sin embargo, puede ser cierto que –en el intento por desmontar la contraposición mencionada– en el estudio podría estarse omitiendo el desmonte de una alta jerarquía que se le ha concedido a la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal como lo es el carácter de “principio”. Si bien los principios son, sin duda, criterios de valor de la realidad, lo cierto es que por su contenido axiológico ellos en el plano jurídico sintetizan reclamaciones éticas respecto a la relación Estado y ciudadano. Por ello mismo, es que resulta de fatigosa comprensión el hecho de presentar al principio de oportunidad con el talante de una máxima de poder con la que se restringe y legitima el *ius puniendi*.

Esta elipsis analítica no es de menos envergadura, precisamente porque por el marcado tono utilitarista que se filtra en la aplicación del principio de oportunidad es que éste resulta carente de una virtualidad limitativa del poder punitivo y de múltiples afanes político criminales en sede de la judicialización de causas penales. Aunque la disertación hace un gran esfuerzo en dar a entender por qué el principio de oportunidad es intrínseco al *civil law*, no recrea el paralelo reconocimiento de muchas injusticias y excesos del poder político, de lo cual también han sido agentes las familias jurídicas del mundo continental europeo y lo que no es –necesariamente– una consecuencia del tipo o sistema procesal penal aplicado. De ello deja un gran ejemplo el caso colombiano, donde ha sido manifiesto que la aplicación del principio de oportunidad es fruto del ejercicio de poder por las partes.

IV

En el ejercicio de comprensión de la evolución del derecho penal moderno y la progresiva apropiación de las necesidades de la investigación penal como parámetro de impulso procesal, el estudio realiza un juicioso acerca-

miento al derecho penal procesal penal alemán. De esa manera, se aborda tanto el proceso de introducción del principio de oportunidad en la legislación alemana como el estado actual de la discusión respecto a las causales de aplicación. Este es un insumo analítico muy importante para las posteriores valoraciones en lo relativo a la disposición de causas penales, la conceptualización y justificación del principio de oportunidad.

Este acercamiento histórico es completamente juicioso y podría reportar una importante utilidad a los efectos de proyectarlo como un marco teórico para el análisis del caso colombiano. Si bien ello aún está por hacerse, puede anotarse que un análisis comparativo entre el caso alemán y el caso colombiano ameritaría un aterrizaje más contextualizado. Dicho de otra manera: una cosa va del principio de oportunidad por medio del § 153 de la Ordenanza procesal penal alemana (StPO) a la introducción del mismo a partir del AL 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004.

El principio de oportunidad según el § 153 StPO es concebido como una excepción al principio de legalidad. El mismo se ha apreciado como “un instrumento confuso desde el punto de vista teórico, pero irrenunciable en la práctica” (Klaus Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, Hammurabi, 2016, p. 254). Su justificación tiene lugar en el reconocimiento que se hace a la limitada capacidad de la Fiscalía para perseguir toda sospecha de un delito con la misma intensidad. Si bien esto permite a la Fiscalía “concentrarse en lo relevante”, también es cierto que ello es el desenlace de una política de persecución penal no determinada por el legislador. Con esto se resalta que el principio de oportunidad compromete ciertos niveles de discrecionalidad en la decisión de sobreseimiento, lo cual ha estimulado una amplia crítica en tanto conlleva una relativización del principio de igualdad ante la Ley.

Sobre las anteriores consideraciones se podría decir que otra sombra es la que cubre la introducción del principio de oportunidad en Colombia. La constitucionalización de la oportunidad ha sido el entramado para vincularlo al tipo procesal penal acusatorio. Sin embargo, en la subsiguiente regulación de esta figura se ha configurado una caracterización que dista mucho de

acercarlo a las lógicas procesales acusatorias. Dicho más claramente: el principio de oportunidad en Colombia representa una relativización del principio acusatorio. La declinación de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal viene fundada en unas causales disímiles y, en algunos casos, orientadas a arropar situaciones de delación y colaboración (Art. 324 núm. 4 y 5 de la Ley 906 de 2004). Con ello no se concibe una figura que le otorgue a la Fiscalía la posibilidad de “concentrarse en lo importante”, sino, más bien, es una institución que trata de compensar la falta de esfuerzos investigativos por medio de la premiación a la colaboración.

De esta manera, la configuración normativa de nuestro sistema procesal penal logra más confusión que claridad en cuanto a la justificación del principio de oportunidad. Se podría decir que frente a la justificación realista y, si se quiere, pragmática que se da en Alemania a la aplicación del principio de oportunidad, en Colombia se entrecruzan argumentos no estrictamente consecuencialistas para dotar de legitimidad constitucional la introducción de dicho principio. En otras palabras, el principio de oportunidad en Colombia se refuerza en aspiraciones irrealistas para intentar explicar cierta conciliación entre la descongestión del sistema judicial penal, la legitimidad del proceso penal y algunas urgencias de justicia por parte de la ciudadanía. De esa forma, el argumento realista (“mejorar la concentración de esfuerzos investigativos”) se convierte en criterio de legitimación por medio del entrecruzamiento con la validación constitucional del instituto en comento.

Frente a lo anterior podría decirse que una diferenciación de los argumentos tendría mucho sentido para no otorgarle rendimientos al principio de oportunidad que no le corresponden. Así, por ejemplo, su asociación al principio acusatorio y, en consecuencia, su proyección como criterio de legitimación de la persecución penal. Acá termina generándose un desarreglo del tipo procesal penal por medio de la elevación del principio de oportunidad como criterio de racionalidad acusatorio. Mayor sentido tendría entender que no es posible la persecución de todas las causas penales (argumento realista) y desligar el principio de oportunidad como axioma acusatorio. Esto reforzaría el principio de legalidad en el entendido de que no supone maxi-

malismo penal y, además, encausa la discusión al escenario connatural para estos temas: la decisión legislativa sobre descriminalización.

En fin, el lector tiene ante sí un texto de marcado interés para el debate y a la vez un magnífico ejercicio desde la perspectiva del derecho comparado sobre las repercusiones político-criminales y hasta dogmáticas de un instituto tan debatido como es el principio de oportunidad.

Luis Bernardo Ruiz Jaramillo (2019). *La prueba como derecho en el Código General del Proceso*. Valencia: Tirant lo Blanch

*Yeison Manco López**

El libro que nos presenta el Profesor Ruiz no es solo un producto de su investigación doctoral sino también, y como podrá apreciarlo el lector, la síntesis de un proyecto de vida dedicado a estudiar de la manera más profunda el derecho probatorio. Quizá por ello el texto navega entre las discusiones filosóficas más generales y los temas más finos de la dogmática probatoria. Estas dos perspectivas que ofrece el trabajo no solo son enriquecedoras y emocionantes, sino que a la vez implican un precio que tendrá que pagar el lector al que se encuentra dirigido el texto: se trata de un libro especializado, elaborado con el rigor y la paciencia del artesano, y por lo mismo requiere de una atención y estudio comparables para su lectura.

Sobre su título debe aclararse que el Código General del Proceso es solo una normativa que permite concretar la propuesta de análisis del profesor Ruiz, máxime si se tiene en cuenta que ella –de entrada– tiene las cualidades y la armonía para ser aplicada a cualquier código procesal y sistema probatorio. Por supuesto, el estudio del CGP en este libro no deja nada que desear, es de interés teórico y también de utilidad práctica para los investigadores y académicos, para los estudiantes de pregrado, posgrado y en general para todos los operadores jurídicos.

Pero el texto no se queda allí, supera el comentario tibio, los lugares comunes y las meras concordancias que últimamente han hecho mella en la dogmática nacional. Este libro acomete la búsqueda de interrogantes desde múltiples perspectivas y pretende no dejarlos sin su respectivo análisis. De

* Abogado, magister en derecho, candidato a doctor en filosofía del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia; profesor de derecho probatorio. Correo de contacto: ymancol@gmail.com.

allí vienen dos características a resaltar, la primera es la agudeza de su autor para encontrar y resolver los problemas relacionados con su categoría central, motivo por el cual es difícil pensar en algo que no considerara ya el escritor en su texto.

La segunda, tiene que ver con la densidad de su concepto *derecho a la prueba*. Y en este punto se aclara para el lector que *densidad* no es en este caso un simple adjetivo, sino un tipo de noción –*thick concepts* (B. Williams (2011). *Ethics and limits of philosophy*. London and New York: Routledge, pp. 155 y ss.; B. Williams (2012). Afterword what has philosophy to learn from tor law. En David G. Owen: *The Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Oxford Scholarship; H. Feldmann (2014). Appellate Adjudication as Conceptual Engineering. En: *Pragmatism, Law and Language*. New York: Routledge)– que define muy bien la forma en que opera el concepto *derecho a la prueba* y en el cual se desarrolla su análisis a lo largo del libro. Se trata de un concepto en el que convergen, a través de una teoría que aquí no se propone expresamente pero sí se desarrolla de modo minucioso, los diferentes componentes normativos, epistémicos, subjetivos y los valores, virtudes que necesariamente han de tenerse en cuenta para poder hablar de la existencia de un *derecho a la prueba*.

Así las cosas, y pese a que el texto apele en su introducción a las tradicionales –y, a nuestro juicio, ya añejas– ideas de sistema jurídico, de unidad, coherencia y plenitud, en el mismo libro se desarrolla tras bambalinas la perspectiva de los *conceptos densos* como forma de abordar la complejidad de las relaciones e intercambios entre los diversos aspectos filosóficos que intervienen en la actividad probatoria. Así que a pesar del “empaque” tradicional que nos ofrece la estructura y el índice del libro, a nuestro juicio detrás de ésta se encuentra una menos conservadora, teórica y filosóficamente más rica. Por eso, llamo la atención al lector a efectos de agudizar la vista en lo que propone el profesor Ruiz y la manera en que lo hace.

Este libro no debe entenderse como las cajas y cajitas de una matryoshka, su objetivo no era presentar un tema en paquetitos convenientemente

organizados sino de dar cuenta de un *concepto denso* como el de *derecho a la prueba*. En parte esta es también la razón por la cual la lectura del texto en ciertos apartados exige de un manejo solvente de las categorías y discusiones del derecho procesal en general y el derecho probatorio en particular. Por esto mismo la idea de sistematicidad es una ilusión, un sueño del que pronto despertará el lector, y en su lugar contemplará en el texto al artesano que forja una llave cuidadosamente, prestando atención a cada hendidura, cada desnivel, todo con el propósito de lograr resolver problemas. Asimismo, como quien abre cerraduras, hay una reflexión sobre la noción de *derecho a la prueba* a todos los niveles, filosófico, teórico y dogmático. No descuida el autor ninguna dimensión.

La *verdad*, las *partes*, los *valores*, los *hechos*, a todos se remite el expositor como una complejidad que puede ser entendida mejor debido a la capacidad explicativa del *derecho a la prueba*. Por lo mismo, por esta vocación práctica del concepto se facilita la construcción de un modelo teórico que no empobrece la complejidad que trata de abordarse. El profesor Ruiz no está hablando de una cosa, ni buscando definirla por su naturaleza, está mostrando cómo opera un concepto y qué tipo de relaciones está llamado a establecer, por eso propone el análisis concreto de esta *densidad* del concepto en reemplazo de las macro teorías del debido proceso fundadas en la idea de sistematicidad. Precisamente el que este concepto de *derecho a la prueba* no sea fácilmente definible es lo que lo hace ser tan especial. Advertirlo es, sin duda, uno de los méritos del libro del profesor Ruiz y a su vez nos permite identificar los lentes con los que ha elaborado su trabajo.

El texto se divide en cuatro grandes apartados: el primer capítulo, expresa la preocupación por la complejidad del concepto de *derecho a la prueba* y su análisis, en un primer momento en el ámbito filosófico y teórico-constitucional en lo que le sigue; por supuesto, tal análisis es válido para cualquier tipo de proceso y sistema probatorio. El segundo capítulo, a su vez, es una reflexión dogmática sobre el concepto del derecho a la prueba donde se estudian los deberes, cargas, fases probatorias y medios probatorios a la luz del concepto del *derecho a la prueba* con especial referencia al CGP; en materia

dogmática, es gran mérito de este trabajo el de sistematizar las innumerables subreglas aplicables en materia probatoria para el CGP, lo cual hace que el texto presente el ejercicio más completo existente al día de hoy en ese aspecto, razón por lo cual lo convierte en herramienta de consulta obligada para estudiantes y operadores judiciales.

El capítulo tercero, a su turno, habla de las relaciones del concepto de *derecho a la prueba* y los límites constitucionales de la misma; allí se hace referencia especial a la regla de exclusión y a la idea de no probar a cualquier precio, razón por la cual el derecho al debido proceso, los demás derechos fundamentales sustantivos y la regla de exclusión, encarnan los límites sustantivos al ejercicio de este derecho. Por último, el cuarto capítulo habla del derecho a la prueba y su relación con los aspectos filosóficos y dogmáticos de la valoración probatoria, para mostrar la valoración probatoria como un juicio que se inspira en la racionalidad, se desarrolla por fases y se debe articular con otros conceptos fundamentales como los de carga de la prueba y estándar de prueba.

Además, dígase que los capítulos primero, tercero y cuarto concretan reflexiones aplicables a cualquier tipo de procedimiento, por ello se recomienda al lector su lectura conjuntamente; y, agréguese, el capítulo segundo contiene herramientas de especial valor para aquellos interesados en el estudio del proceso civil y su sistema probatorio.

Ahora, quisiera señalar que la empresa filosófica y teórica que se aborda en este libro no estaría completa sin una reflexión sobre la importancia política y democrática de un derecho fundamental a la prueba, máxime si ella sirve de motivación para realizar el trabajo como se puede apreciar a lo largo de todo el texto. Con ello, se explicita que la propuesta del profesor Ruiz no es un amaño teórico sino una necesidad urgente en medio de una sociedad y un ordenamiento jurídico para los cuales el proceso, civil y penal, se parece cada vez más a un privilegio dispuesto para aquellos que pueden pagar por él; la discriminatoria actividad probatoria de parte en ambos procesos es solo un

ejemplo del común denominador al que pretenden impactar estudios como este.

Su importancia teórica y práctica es palmaria y aguarda, entonces, convertirse en una muy valiosa herramienta en manos del lector acucioso y ávido de reflexiones complejas.

Posada Maya, Ricardo (2019). *Delitos contra la vida y la integridad personal, ts. I y II*, 2^a ed. Bogotá: Universidad de los Andes-Grupo Editorial Ibáñez

*María Lucía Mosquera Ramírez**

El texto objeto de esta reseña no es más que el resultado de un arduo y juicioso trabajo realizado por su autor. La obra, un verdadero manual en dos volúmenes dedicados a la Parte especial del Código Penal, específicamente sobre los delitos contra la vida e integridad personal, está dirigida a académicos, estudiantes de derecho y abogados en ejercicio, penalistas o no. Se trata, pues, de piezas indispensables en cualquier biblioteca jurídica no solo por la calidad del análisis de los tipos penales que hace el investigador sino, también, por la forma como profundiza temas referidos a la estructura de cada delito, sus diversas agravantes y atenuantes y, en fin, la totalidad de sus componentes, todo lo cual se hace de manera impecable. Adicional a ello, es mérito del trabajo traer a la discusión dogmática las problemáticas que presentan los delitos examinados desde la perspectiva de la jurisprudencia nacional y extranjera; igual sucede con las diversas posturas doctrinarias, a partir de las cuales el profesor Posada Maya apuntala su propia postura, no sin antes justificarla con rigurosidad desde el punto de vista dogmático y político-criminal.

Hechas las anteriores consideraciones, debe decirse que en el primer tomo se desarrollan a profundidad dos grandes tópicos: en primer lugar, aparecen las “Nociones preliminares”, los conceptos y elementos que componen, de forma general y especial, las diversas clases de tipos penales; y, agréguese, se indica la importancia y la finalidad de la Parte especial del Código Penal que para el autor consistente en ser el medio de estudio y aplicación de los

* Estudiante de Derecho de la Universidad de los Andes; monitora de Área de Derecho Penal. Correo de contacto: ml.mosquera@uniandes.edu.co.

delitos en particular. Luego, analiza la función sistemática y la jerarquía de los bienes jurídicos y los relaciona con las modalidades delictivas presupuestas en el propio estatuto punitivo; en este punto, el autor provecha para estudiar el concepto de bien jurídico y profundizar sobre su carácter dinámico, al ser la expresión de los valores protegidos por la sociedad democrática que se encuentran en constante evolución y movimiento dada la naturaleza del ser humano y la sociedad con la cual se relacionan.

Acto seguido, se evalúan los elementos genéricos de los tipos penales (sujetos, verbo rector, objeto, etc.); ello le permite al lector tener claridad sobre los conceptos utilizados en los diferentes análisis. Luego, estos conceptos dogmáticos incluyen las varias formas de clasificación de un tipo penal, como lo son la estructura de la acción, la estructura típica y sus desvalores, entre otras instituciones jurídicas. A este respecto, adviértase que el examen de los desvalores (de acción y de resultado), la idea de exigibilidad y la política criminal, son criterios fundamentales de análisis para cada uno de los temas.

En segundo lugar, ese volumen estudia los delitos contra la vida previstos en el Título I: homicidio, feminicidio y genocidio. A tales efectos, el autor comienza su labor con el examen del concepto de vida como bien jurídico objeto de tutela y sus distintas esferas de protección legal. Esta definición abarca desde los matices atribuidos a dicho concepto y sus componentes, hasta sus ámbitos temporales (vida dependiente e independiente, etc.), que resultan ser los factores determinantes de su margen de protección legal. Además, reflexiona sobre las diferentes posturas que se plantean en la doctrina en cuanto al comienzo y a la terminación de la vida, marco teórico dentro del cual acoge el criterio del inicio del nacimiento obstétrico como pauta para establecer cuándo comienza la vida humana independiente y, obsérvese, para plantear la diferencia entre homicidio y el aborto. De esta manera, la vida humana independiente comenzaría con el proceso del parto siempre y cuando la criatura sea vitalmente viable.

Tras terminar el análisis del bien jurídico vida, el expositor examina los diversos tipos que vulneran el bien jurídico vida (CP, Título I, Capítulos

primero y segundo). Así, en primer lugar, aborda el delito de homicidio simple doloso, a cuyo efecto estudia el contexto histórico del tipo penal en los diferentes códigos penales nacionales desde 1837. A continuación, analiza los elementos jurídicos que componen el tipo penal y, con diferentes ejemplos, muestra cómo estos elementos típicos son concebidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina nacional. También, se presentan las diferentes situaciones en las que se podría manifestar dicho elemento típico y, en el caso del estudio del tipo subjetivo, expone las modalidades del dolo homicida junto con ejemplos y estrategias para probar cada uno. En general, se incluyen las principales discusiones de política criminal frente a cada uno de los delitos que se abordan.

En tercer lugar, Posada Maya estudia los tipos penales modificados del delito de homicidio simple (modificados y autónomos) y cada una de las circunstancias particulares basadas en lo que indica el Código Penal a partir de la teoría material del delito. Adicional a ello, examina los componentes de cada agravante; por ejemplo, en el caso del homicidio agravado por el parentesco (CP, arts. 103 y 104, n. 1), reflexiona acerca de cuáles son las clases de vínculos familiares que permitirían la aplicación de la circunstancia: cónyuges, unión marital de hecho, padre o madre de familia, ascendientes o descendientes de los anteriores, hijos adoptivos y estrecha comunidad de vida entre los sujetos que hacen parte de la unidad doméstica, y sus inconvenientes teóricos. Cada una de estas situaciones es cuidadosamente meditada y problematizada, y, como el resto de la obra, su análisis viene acompañado de una serie de casos traídos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que ilustran de manera adecuada al lector sobre cómo se presentan estas situaciones en la realidad y cómo deben ser acreditadas en el proceso penal.

Esa misma estructura metodológica es utilizada por el autor al evaluar los demás delitos que componen el volumen, como sucede cuando se ocupa del feminicidio (CP, art. 104A), estudio que es una novedad frente a la primera edición de la obra; al igual que con las otras formas de homicidio, como el culposo o por piedad. Finalmente, expone los delitos de genocidio

y apología al genocidio (CP, arts. 101 y 102), oportunidad en la cual plasma profundas y complejas reflexiones teóricas.

Por otra parte, el tomo II se divide en dos segmentos: el primero, examina los delitos de lesiones personales (CP, arts. 111 a 121), a cuyo efecto comienza por evaluar el bien jurídico integridad personal y sus diferencias con el bien jurídico vida. Este, según el Código Penal, debe proteger la facultad de cada sujeto para disponer libremente de su corporeidad y su salud psicofísica. Una vez razonado el contenido del bien jurídico, procede a analizar los diferentes tipos penales de lesiones personales como, por ejemplo, las lesiones fundamentales y simples, las complejas y las lesiones en persona protegida; también, se estudian los tipos de parto o aborto preterintencional y se añade el delito de sustracción de componentes anatómicos.

En el segundo segmento del volumen se analizan las conductas punibles que protegen la vida, integridad personal y seguridad dependientes, a saber: aborto (CP, Libro Segundo, Título I, Capítulo cuarto), lesiones al feto (CP, Capítulo quinto), abandono de menores y personas desvalidas (CP, Capítulo sexto), la omisión de socorro (CP, Capítulo séptimo) y manipulación genética (CP, Capítulo octavo). Como en el segmento anterior, este capítulo comienza por razonar sobre el contenido de los bienes jurídicos tutelados. Posteriormente, hace un cuidadoso estudio de los delitos en cuestión y de cada una de sus modalidades agravadas y atenuadas, para culminar con la exposición de las conductas punibles que vulneran la igualdad y el bien jurídico de la vida digna. Desde luego, se debe aclarar que este segundo tomo mantiene las pautas de análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para cada uno de los delitos y la visión crítica y político criminal que tanto caracteriza al autor.

Así las cosas, por todo lo mencionado, el lector encontrará que está enfrente de un trabajo investigativo admirable que ahonda de forma metódica en la estructura de las conductas punibles objeto de estudio. Además, su claridad conceptual y la pertinencia de las evaluaciones jurisprudenciales analizadas resultan una herramienta imprescindible y valiosa, que cualquier

estudiante de derecho o abogado puede utilizar para estudiar y reflexionar, ejercer la profesión como fiscal o defensor, o juzgar cualquiera de los delitos estudiados. Para terminar, vale la pena mencionar que en esta segunda edición se renuevan las problemáticas, se incluyen otros delitos que no fueron estudiados en la primera como el feminicidio –cuya redacción legal ha cambiado–, y se hace un análisis más rico y profundo de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

v
Entrevista

Profesor Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

*Fernando Velásquez Velásquez**



* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, director del Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda; E-Mail: fernando.velasquez@usa.edu.co

En esta oportunidad se ha entrevistado al Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, nacido en Buenos Aires, Argentina. El profesor terminó sus estudios de Derecho en la Universidad de Buenos Aires en 1962, y obtuvo el doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Nacional del Litoral en 1964. Fue becario de la OEA en México y de la Fundación Max Planck en Alemania, catedrático (profesor titular) y Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y de Criminología en la Facultad de Psicología, actualmente profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires.

Se desempeñó en la magistratura argentina como juez de tribunal oral y Procurador General de Justicia de la Provincia de San Luis, juez federal, juez de sentencia y juez de cámara en Buenos Aires, y entre 2003 y 2014 juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fue electo convencional constituyente nacional (1994), de la Ciudad de Buenos Aires (1996) y legislador de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1998). Entre 1990 y 1992 ocupó en San José de Costa Rica la Dirección General del ILANUD (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito) y entre 2000 y 2002 fue interventor del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) en la Argentina. Actualmente es juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el período 2016-2022. Ha recibido múltiples distinciones y doctorados *honoris causa* (cerca de cincuenta) y forma parte de diversos comités de revistas académicas y de entidades científicas nacionales e internacionales.

Es autor de decenas de libros, centenares de artículos en revistas científicas y en libros colectivos, conferencista, director de publicaciones especializadas, todo ello en los ámbitos del derecho penal, la criminología y la política criminal. A no dudarlo, es una de las figuras más relevantes de las disciplinas penales en el mundo de habla hispana y, por ende, sus muy valiosos planteos y aportes teóricos son punto de partida obligado para la discusión.

La entrevista se realizó bajo la orientación del Editor Fernando Velásquez Velásquez.

C.D.P.: ¿Por qué eligió el Derecho penal, la Criminología y la Política criminal como las áreas predilectas de sus múltiples incursiones académicas e intelectuales?

Suele decirse que el derecho penal es la primera novia de todo estudiante de derecho, con la que por lo general no se casa. Creo que me pasó lo mismo que a muchos, pero me casé con esa primera novia, me llamó la atención desde el principio, me confundía, tuve un profesor positivista ferriano a los 18 años, y luego me pasaron de golpe a la dogmática, en las clases de Jiménez de Asúa en el Instituto de Buenos Aires. ¿Qué diablos era eso, tan grave y en que todos hablaban lenguajes tan diferentes y que no lograba combinar? Me daba cuenta que en esas diferencias abismales de perspectivas se encerraba algo más profundo, que hacía al derecho mismo, en su rama más dramática. Empecé a leer más y sin método, para tratar de poner un poco de orden, salir de la confusión, no era tarea fácil en aquellos años y con las reducidas fuentes de información de que disponíamos. En mis tiempos de estudiante trabajaba como inspector administrativo de hospitales municipales, tenía muchos contactos con los médicos, veía el dolor de la gente de cerca. Me interesaba en la política del barrio, militaba. No me atraían el derecho comercial, las quiebras, el derecho privado en general, porque todo eso me llevaba a no apartarme de esa confusión conceptual de metodologías, visiones dispares del mundo y juego de vanidades que había en el derecho penal de aquellos años. Así fue que cuando me recibí de abogado fui a cursar el doctorado a la Universidad Nacional del Litoral, en Santa Fe, porque en Buenos Aires estaba suspendido. Hice una tesis horrible sobre la embriaguez en el derecho penal, con la que me gradué. Allí estreché vínculos con un profesor español exiliado, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, que contribuyó mucho en mi formación, era un liberal kantiano decidido y con el que continuamos en estrecha amistad hasta su fallecimiento en 2000. Fui asomándome más al mundo académico y también tuve oportunidad de conocer a otro extraordinario republicano español, el profesor Francisco Blasco y Fernández de Moreda, hombre de vida difícil y sacrificada, de una modestia sin par, por entonces

profesor de filosofía del derecho en la Universidad Nacional del Nordeste, en Corrientes. De ese modo la suerte quedó echada y el curso de mis andanzas posteriores también.

C.D.P.: ¿Qué valoración hace usted de la Ciencia penal en el continente latinoamericano? ¿Se encuentra en declive o en ascenso? ¿A qué, atribuye usted ese fenómeno?

La ciencia jurídico penal latinoamericana siempre ha sido realmente importante en calidad y cantidad y lo sigue siendo. Si comparamos nuestra producción con la europea, por supuesto que parece más limitada, pero tengamos en cuenta que con la facilidad de medios que cuentan ellos y la posibilidad de vivir de la pura actividad académica –que entre nosotros es casi imposible–, realmente producimos muchísimo y de muy buen nivel. No creo que haya ningún declive, sino que, por el contrario, por todos lados aparecen hombres y mujeres jóvenes y no tan jóvenes, que cada día sorprenden más por su capacidad de trabajo, el empeño que ponen y algo que muchas veces no se percibe en la producción de países centrales: solemos ser más creativos, quizá por osados. Creo que esta es una ventaja del subdesarrollo, tal vez la única, porque la osadía creativa en un mundo universitario menos jerarquizado, en el que no estamos obligados a sobrevivir porque lo hacemos de otras actividades, nos deja la libertad de la impunidad académica.

Tengamos en cuenta que nosotros no disponemos de grupos de subordinados que nos hacen fichas, buscan bibliografía, corrigen las pruebas, señalan defectos y omisiones, preparan las consabidas sábanas de cansadoras *citas de autoridad* que todos sabemos cómo se hacen y que solo sirven para *épater le bourgeois* y no olvidar a los amigos. Nosotros somos artesanos y, como todo producto artesanal, el nuestro tiene defectos, pero también muchas veces la creatividad de que carece la producción en serie.

C.D.P.: ¿Pero cree que esta producción se hace cargo de nuestra realidad penal? ¿Está a la altura de las circunstancias que vive nuestra región?

En general, diría que no del todo, pero en buena medida sí y en perspectiva futura también. Hay confusión, pero las mismas circunstancias habrán de aclararla: estamos un poco ebrios con doctrina extranjera, pero, como dice el Martín Fierro, no hay como el miedo para aclararle las ideas al que se pasó de alcohol, y hechos temibles aquí no nos faltan, que se terminen de aclarar las ideas es solo cuestión de tiempo. De toda forma ya se vislumbran ensayos bastante realistas, no podemos ignorar la violencia de nuestros sistemas punitivos, las cárceles convertidas en campos de concentración, las ejecuciones policiales, las torturas, la enorme selectividad punitiva, el racismo, en fin, la disparidad abismal, el disparate entre el ser y el deber ser del poder punitivo.

C.D.P.: ¿A qué atribuye que nuestro penalismo no se haya hecho cargo del todo de nuestra realidad?

Al doble efecto de nuestra importación teórica. Es largo de explicar. Cuando entró en crisis el reduccionismo biologista del positivismo con la segunda guerra y al mismo tiempo se fueron acabando nuestras repúblicas oligárquicas por efecto de los movimientos populares, nos quedamos huérfanos de filosofía penal y fuimos a buscar el derecho penal en la dogmática alemana. Hicimos bien al hacerlo, porque era donde el derecho penal había alcanzado los más elaborados y finos planteos. Y trajimos la dogmática, que en ese momento estaba dominada por el neokantismo, pero no trajimos a los neokantianos liberales de los tiempos de Weimar, como Gustav Radbruch, Max Ernst Mayer o Hellmuth von Weber, sino a Mezger, Sauer y otros, o sea, la vertiente autoritaria que había racionalizado la brutal legislación penal nazi, aunque lavada de signos muy manifiestos. Ahora vemos, en especial en nuestra lengua a partir de las investigaciones del profesor de Sevilla, Francisco Muñoz Conde, que ese lavado era bastante superficial. Lo cierto que

la tomamos como *la ciencia pura*, absolutamente incontaminada de política, aséptica, diría que *políticamente virginal*. Esto gustaba a nuestros penalistas, que podían sentarse junto a los científicos de las ciencias duras en momentos en que el *fisicalismo* se metía en todos los saberes, por el incuestionable prestigio de la física en la posguerra. Vaciamos la doctrina penal de contenido político y hasta se llegó a considerar, contradictoriamente, que la construcción *mezgeriana* y sus similares eran garantía de *liberalismo penal*. Nada hay más contradictorio que pretender que lo políticamente aséptico sea garantía de liberalismo político, pero así fue durante años, en particular en las décadas posteriores a la segunda guerra. Esto no fue culpa de los alemanes, por supuesto, sino de nosotros, porque en Alemania nunca la doctrina penal fue políticamente aséptica, nadie puede ignorar que Binding se correspondía con la necesidad bismarckiana de reforzar al Estado en el momento de la unidad, que von Liszt se ajustaba al estado intervencionista de Guillermo II, que Radbruch y los penalistas liberales respondían a los tiempos de Weimar, que Mezger y los neokantianos de su corriente se enmarcaban dentro del esquema legitimante del nazismo y discutían con los de Kiel quién era más apto para legitimarlo, que Welzel fue un penalista típico de la reconstrucción alemana de Adenauer, que Roxin y el proyecto alternativo son claros exponentes de los tiempos de la Alemania socialdemócrata de Willy Brandt, y no quiero seguir porque nos acercamos demasiado a la actualidad y, por ende, como en todo lo contemporáneo, las cosas son más discutibles cuando no hay perspectiva temporal. Pero quede claro que este vaciamiento político de la dogmática penal es nuestro defecto, no el de los alemanes. Por eso, muchas veces dije que es bueno que imitemos a los alemanes, pero no que los copieemos. De toda forma, la llegada de la dogmática acabó con el romanticismo positivista, lo que fue altamente saludable, porque todo romanticismo jurídico penal es peligrosísimo. Cuidado con quienes quieren hoy regresar y lo hacen diciendo idioteces como que hay que volver al sentimiento de justicia del hombre trabajador, rescatar el dolor del gaucho, hurgar en el sentimiento del pueblo y otras insensateces parecidas. El método dogmático es necesario como garantía de racionalidad, aunque no sea suficiente, porque debe combinarse con una teoría del conocimiento realista, dado que sin ella se

queda en pura lógica normativa y esquizofrenizante, porque —y esto es lo más grave— nunca puede ser aséptico lo que diga una ciencia que está destinada a ser aplicada en un ejercicio de poder político, porque cada sentencia es un acto de gobierno y, por ende, un acto político, de gobierno de la *polis*. Son las consecuencias de esta distorsión en la importación las que aún hoy hacen que no todo nuestro saber penal se haga cargo de las actuales circunstancias de la región.

C.D.P.: Pero seguimos importando teorías alemanas. ¿Es este el defecto actual? ¿No nos llegan las teorías de Roxin, de Jakobs? ¿Y acaso no son penalistas de primera nivel en Alemania? ¿Es eso negativo en este momento en Latinoamérica?

No, aclaremos las cosas. Nadie puede poner en duda que Roxin es un extraordinario dogmático. Su construcción responde al neokantismo políticamente liberal en la línea que no nos había llegado a nosotros a mediados del siglo pasado, o sea, la de Radbruch y Max Ernst Mayer, la línea de Weimar. Es un renovador de esa línea a mi juicio. Después de Welzel, el llamado *postfinalismo* volvió el neokantismo y Roxin es quizá el máximo exponente de este giro. El neokantismo no es necesariamente una corriente autoritaria, ya lo vimos, ni mucho menos. El problema es otro: si todo lo ordena y lo hace disponible el valor, todo depende de qué valores se trate. Y allí está el problema, o parte del problema, pues tampoco es menor que todo lo que el valor no ordene se quede fuera de los límites epistemológicos de la ciencia penal. Pero esto no tiene mayor consecuencia negativa en Alemania, porque si bien esa teoría del conocimiento hará que algo de la realidad del ejercicio del poder punitivo alemán quede excluido de lo que su doctrina les dice a sus jueces, éstos se pueden arreglar bastante bien con lo que se incluye, porque el deber ser y el ser del poder punitivo alemán no se separan en forma absolutamente disparatada. Alemania no conoce policías con altísima letalidad, tortura más o menos habitual, cárceles como campos de concentración, la mayoría de sus presos en prisión preventiva y otras aberraciones. Si bien

la criminalización alemana será selectiva, porque esta es una característica estructural de todo poder punitivo, esa selectividad no llega al grado indignante y muchas veces racista de la que padecemos en nuestra región. El problema se produce cuando importamos esa perspectiva y esa limitación del conocimiento a Latinoamérica, porque de ese modo estamos enseñando a nuestros jueces y entrenando a los futuros operadores de nuestra justicia a no ver la realidad muchas veces atroz de nuestros poderes punitivos, o sea, a tomar decisiones políticas –insisto en que toda sentencia lo es– sin incorporar los datos de la realidad social. ¿O acaso será lo mismo enviar a un sujeto a una prisión alemana que a un campo de concentración latinoamericano? ¿Acaso Alemania tiene a más de la mitad de sus presos en prisión preventiva? ¿En Alemania se recogen muertos por la policía todos los fines de semana, como en algunos de nuestros países? ¿Hay allí ejecuciones sin proceso con la frecuencia de nuestra región? No, y por eso que no son tan graves las consecuencias de la limitación del conocimiento neokantiana y hasta las pueden tolerar sin consecuencias muy graves.

C.D.P.: ¿Y jakobs? ¿Pasa lo mismo con la importación de sus teorías?

Jakobs es un extraordinario dogmático también, pero en Alemania no tiene la importancia de Roxin y de la renovación del neokantismo, que es donde se enrola ahora la mayoría de los autores de obras generales en ese país. En lo personal creo que importar su teorización es para nosotros más riesgoso, porque con fundamentos no muy claros, diría que contradictorios, con cierta mezcla que no termino de entender entre el funcionalismo sociológico y al parecer algo de hegelianismo, corre el grave riesgo de introducir en el derecho penal una ética tampoco muy clara, de *roles sociales*, que los sacraliza, los vuelve estáticos, cuando sociológicamente son dinámicos, lo que lleva a que el tipo modelo de todos los delitos sea omisivo, aunque esquivada esta consecuencia con un concepto muy complicado o rebuscado de acción o conducta. Por otra parte, la prevención general positiva me parece que corre el riesgo de acabar también en un bien jurídico único, que sería solo el su-

puesto *prestigio* del Estado como proveedor de seguridad, lo que trasladado a nuestra región sería un inmejorable argumento para los discursos mediáticos y políticos de la demagogia punitivista. Todo esto no pasó, por supuesto, por la cabeza ni fue la intención de Jakobs y tampoco creo que en Alemania su construcción sea tan peligrosa como en nuestra región. Insisto en que la realidad alemana del poder punitivo es muy diferente de la nuestra, no lo olvidemos. Aquí, *normativizar* todo significa formular programas políticos, porque toda construcción dogmática lo es en el fondo y en su esencia, sin tomar en cuenta la realidad social del poder punitivo. Programar decisiones políticas, de gobierno, fuera de la realidad, es el colmo del absurdo. Imaginemos las consecuencias que tendría una actitud similar en programas de salud, de educación, viales, etc.

C.D.P.: ¿El derecho penal del enemigo de Jakobs no revela un perfil autoritario?

A mi juicio, no del todo. Creo que si hubiese dicho lo mismo sin ponerle ese nombre y sin hablar de *no personas*, no hubiese levantado el escándalo que causó, porque inmediatamente se lo vinculó a Carl Schmitt. Hablar del *enemigo* en Alemania es como nombrar la cuerda en casa del ahorcado; más bien me parece una imprudencia de Jakobs. Pero no, no hay en eso más autoritarismo que el que podía haber en Stooss cuando proyectaba el código suizo. Escribí un libro sobre esa cuestión hace años. Jakobs sostuvo en ese artículo –bastante breve, por cierto– algo así como que una parte del derecho penal podía excluirse de la pena más o menos retributiva y tratar por excepción a algunos infractores con una suerte de medidas *de contención*. Su imprudencia consistió en que habló de *enemigo* y calificó a esos infractores como *no personas*. A mi juicio, fuera de las denominaciones, el verdadero escándalo no es ese, sino que lo que Jakobs propone es lo que se hace en el derecho penal desde siempre y sin escandalizarnos en lo más mínimo. Se lo hacía con la pena de galeras y los ingleses con la deportación a Australia, y modernamente lo hacemos desde que los suizos primero y los italianos con Rocco después,

inventaron las medidas de seguridad para habituales, multirreincidentes y profesionales y, más aún, cuando en nuestra región tenemos a más de la mitad de los presos sin condena, o sea, en prisión preventiva. ¿Qué otra cosa es la prisión preventiva que una medida de contención? No nos escandalicemos por lo que Jakobs propone, sino porque precisamente estamos haciendo lo que propone sin escandalizarnos. Eso no tiene nada que ver con Carl Schmitt, al menos en forma directa. Lo que Schmitt proponía era conceptuar a la política como la potestad de elegir al enemigo en forma irreconciliable, para dividir la sociedad entre amigos y enemigos. Eso era otra cosa.

C.D.P.: Usted reivindica frente al neokantismo las tesis de Welzel. ¿Pero Welzel no ha sido también un autor que en un momento se plegó al nazismo? Y, por otra parte ¿no está un poco pasado de moda, por así decir?

Hace un momento caractericé a Welzel como el penalista de la reconstrucción alemana, o sea, de los tiempos de Konrad Adenauer. Por ende, su pensamiento es conservador, sin duda, era un democristiano de esos tiempos. Lo que haya escrito antes no me interesa, no estoy haciendo un estudio ni emitiendo un juicio ético sobre la conducta de Welzel frente al nazismo ni me corresponde hacerlo. El finalismo *welzeliano* que llegó a América Latina era conservador, pero no le veo características nazistas, más que algún giro autoritario común a su tiempo. De toda forma, lo que reivindico de Welzel es la teoría de las estructuras lógico reales, o sea, el realismo metodológico fundado en la naturaleza de las cosas, que se remonta a Aristóteles, lo que no creo que tenga nada de malo. Con eso da vuelta al neokantismo afirmando que, si bien el derecho es un orden, hay otros órdenes, que el mundo no es un caos que organiza solo el derecho, y cuando en nuestro campo se menciona un ente, no se puede negar el dato óntico acerca de ese ente, si es que no se quiere dirigir la norma hacia otro ente. Dije muchas veces que, si defino jurídicamente a la vaca con los caracteres de un lobo, mando al juez a ordeñar un lobo. Eso es lo que siempre he rescatado del llamado *finalismo*, como también su mayor coherencia en la construcción del delito, aunque en esto nunca seguí el con-

cepto de culpabilidad welzeliano ni compartí del todo la tesis del mínimo de eticidad que, por otra parte, no es original de este autor, como tampoco la cuestión de la adecuación social de la conducta. Pero lo cierto es que el *Lehrbuch* de Welzel parece escrito por dos autores: uno escribe la teoría del delito y otro la de la pena, porque en esto último no aplica ni lejanamente su tesis de las estructuras lógico reales, ni creo que pudiera hacerlo en su época, porque hubiese sido un escándalo y, además, no hubiese sido compatible con el carácter conservador de Welzel. Pero esto dio lugar aquí, en nuestra región –y sobre todo en el Río de la Plata– a dislates de todo tipo. Por un lado, se dijo que Welzel traía elementos nazis al poner el dolo en el tipo y que, por ende, la ubicación en la culpabilidad –al estilo de Mezger– era una garantía liberal, o sea que, por un lado, según algunos Welzel era nazi. Pero el mayor disparate provino del otro extremo, porque alguien bastante sagaz se imaginó lo que sucedería si las estructuras lógico reales se llevaban a la teoría de la pena, y el profesor de Montevideo –Bayardo Bengoa– lo escribió, sugiriendo que el finalismo era marxista o, por lo menos, que dejaba penetrar esa posición en el derecho penal. Welzel marxista es inimaginable, obviamente y ese folklore rioplatense a dos puntas es insostenible, siendo lo único cierto que Welzel no llevó su respeto a la naturaleza de las cosas a la pena, no reconstruyó la teoría de la pena sobre base realista, que es lo que desde años trato de hacer, porque creo que es la única forma de volver a integrar el derecho penal y las ciencias sociales, de zanjar ese abismo que observaba Baratta en su famoso y hermoso libro de crítica del derecho penal. En cuanto a que está pasado de moda, sí, en Alemania lo está, porque se produjo la vuelta al neokantismo, quizá por el mismo temor de las consecuencias de aplicar la tesis realista a la pena, cuando ya había cundido la crítica criminológica con el círculo de jóvenes criminólogos y sus importantes publicaciones. Pero no es únicamente el finalismo welzeliano lo que se dejó de lado en Alemania, sino que en el derecho penal se dejó de lado el realismo en la teoría del conocimiento, lo que es mucho más amplio. Quizá también esto sucedió en otros ámbitos jurídicos, como en el derecho constitucional, aunque allí no está del todo apartado, como lo prueba de obra de Peter Häberle.

C.D.P.: Por favor hablemos de sus nexos con el mundo académico latinoamericano y europeo, en general, y, con el colombiano en particular

Cuando uno tiene un *curriculum* largo es porque tiene una vida larga y eso es difícil de resumir. Mis contactos con el mundo académico latinoamericano comenzaron cuando en los años sesenta fui a estudiar criminología en la Universidad Nacional Autónoma de México, con el Maestro Alfonso Quiroz Cuarón, un hombre extraordinario, al que debo muchísimo en mi formación. Allí conocí a los penalistas mexicanos de ese momento, en especial a Celestino Porte Petit, a Ricardo Franco Guzmán y a otros. Nos lanzamos incluso a una aventura intelectual al intentar con Elpidio Ramírez y con Olga Islas un modelo lógico matemático de teoría del delito. En ese momento no lo sabía, pero nos resultó una teoría más o menos semejante a la de Hellmuth von Weber. En la reunión del Código Tipo de México conocí a muchos penalistas latinoamericanos, entre ellos a tres penalistas colombianos, Pedro Arturo Sanabria, Ricardo Medina Moyano y Alfonso Reyes Echandía, con quienes mantuve estrecha amistad por años. Alfonso me invitó varias veces a Bogotá y hasta hoy no puedo olvidar la profunda impresión con que seguí los acontecimientos de la toma del Palacio. Más tarde los contactos con nuestros penalistas latinoamericanos se fueron ampliando y sería largo mencionar a todos los colegas amigos, a los actuales y a los que ya no están, corriendo el riesgo de omitir injustamente a muchos. En mi estancia en México fui el intérprete de alguna conferencia de Benigno Di Tullio y también de Giuliano Vassalli, pero mi contacto con Europa se inició en realidad cuando, por medio del profesor Ricardo Levene (h), con quien trabajaba en la Universidad Católica de La Plata, obtuve una beca que me permitió la estancia en el Max Planck de Freiburg en 1972, entonces dirigido por el famoso Hans Heinrich Jescheck. Allí trabajé la *Teoría del delito* que publiqué en Buenos Aires a fines del año siguiente. En ese tiempo visité a Welzel en Bonn, aún conservo su *Naturrecht* dedicado. Pero las dos personalidades europeas que más me impactaron y con quienes seguí teniendo contactos por mucho tiempo fueron Giuseppe Bettiol y Antonio Beristain.

Por supuesto que luego, en las asociaciones internacionales y fuera de ellas, entré en contacto con muchos más colegas de Europa, Paco Muñoz Conde, Diego Luzón Peña, Luigi Ferrajoli, Enzo Musco, Sergio Moccia y muchos más. Pero contar todo esto en detalle, sería como hacer una autobiografía.

C.D.P.: ¿Y no tiene deseos de hacerlo?

Por lo único que valdría la pena hacerlo es para rememorar a todos los colegas que conocí, para que las nuevas generaciones no pierdan la memoria de la larga tradición penalística que, por cierto, está nutrida de personalidades fuertes e interesantes. Nosotros también tenemos en esa tradición a muchos héroes y hasta mártires que no deben ser olvidados, solo que la ciencia penal es un saber que no suele trascender a los grandes medios de comunicación.

C.D.P.: Profesor, dado que usted ha sido un juez de carrera, ¿considera posible que la administración de la justicia penal esté al servicio de las mayorías y de los colectivos o grupos con mayor vulnerabilidad en lo social, económico, político y/o cultural? ¿Y cómo es posible que lo anterior sirva, así mismo, como dique para contener la violencia consustancial al poder punitivo del Estado?

Desde el derecho penal no debemos ser omnipotentes, porque nunca haremos los profundos cambios que el mundo y nuestra región necesitan, sin perjuicio de que cada uno como ciudadano tenga el protagonismo social y político que quiera y pueda en su país. Pero lo cierto es que podemos ayudar mucho al cambio con nuestra ciencia jurídico penal, proveyendo a los jueces y operadores de la justicia de discursos jurídico penales que tiendan a preservar los espacios de libertad social en los que se muevan quienes protagonicen los cambios. Nuestra labor es la de preservar el escenario y no tanto la de ser actores. Reducir la selectividad estructural del poder punitivo es posible, bajar su nivel de violencia también, el judicial tiene mucho que hacer en esto

en nuestra región. Un derecho penal de garantías con incorporación de los datos sociales, por lo menos creará mala conciencia en los jueces, un control de constitucionalidad serio, la incorporación de los Derechos Humanos a la dogmática penal, en adecuado control de convencionalidad, son tareas imprescindibles y todo eso es posible y necesario. Esa es la única forma en que podemos defender los derechos de las mayorías desde nuestro discurso, bajando líneas teóricas a los jueces en este sentido. Obviamente que tenemos un largo camino por andar en este sentido, pero creo que muchos de los penalistas de la región ya están transitando ese sendero y muchos jueces los siguen, aunque no falten unos pocos que encubren con la toga le uniforme del verdugo.

C.D.P.: Los años setenta y ochenta del siglo pasado fueron un escenario muy importante para la gestación de la Criminología Crítica, a lo cual usted contribuyó de manera decisiva. ¿Cree que ese importante movimiento ha desaparecido como claman algunos o, antes por el contrario, él tiene hoy un mejor escenario para su avance?

Debo aclarar que fui ajeno al surgimiento de la criminología crítica en nuestra región, es decir, no me quiero atribuir méritos que no tengo. En cierto momento, a fines de los años sesenta, me sentí desilusionado por la criminología etiológica, me parecía algo contradictorio, pletórico de juicios que no encajaban en la realidad, aunque no sabía muy bien por qué, lo que me llevó a abandonar la criminología para dedicarme de lleno a la dogmática penal. Volví a la criminología a fines de la década siguiente, cuando Lola Aniyar de Castro y Rosa del Olmo en Venezuela y otros en los distintos países, habían cambiado el paradigma. Comencé a leer a los anglosajones y a meterme más en la teoría sociológica. A fines de los setenta me impactó mucho el artículo de Baratta publicado en *La questione criminale: Criminología y derecho penal: Pasado y futuro del modelo integrado de ciencia penalística*. Me desconcertó ese artículo, allí las ciencias sociales desbarataban todo el derecho penal. Incluso escribí un trabajo desesperado, tratando de responderlo, tentativa absoluta-

mente inidónea por cierto. Conocí en los ochenta a Pavarini, a Baratta, a Hulsman, fui amigo de ellos, nos encontramos en múltiples ocasiones y empecé a pensar cómo volver a compatibilizar el derecho penal con la criminología, cómo reconstruir el modelo integrado, al decir de Baratta. Fueron los años de la investigación sobre sistema penal y Derechos Humanos en América Latina, llevada a cabo en el marco del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en el que logramos una interesante reunión entre penalistas y criminólogos críticos en San José de Costa Rica, donde estuvieron por el lado penal colegas de la talla de Eduardo Novoa Monreal, Rodolfo Schurmann Pacheco, Nilo Batista y otros. Se generó un interesantísimo debate luego entre Lolita y Eduardo. Pero la criminología crítica no ha desaparecido ni mucho menos, su partida de defunción quieren escribirla quienes se desconciertan frente a ella, quedan confundidos y se encierran en el idealismo normativo. También hay otros que no están confundidos ni desconcertados, y que mañana serán los *malditos de la historia* que ahora por intereses o por razones políticas coyunturales se pliegan a la moderna demagogia punitivista. Pero la criminología crítica goza de excelente salud, por cierto. Lo que fracasó son los planteos críticos más macrosociales y más radicales, de algunos autores que, a mi juicio, habían leído demasiado rápido a Marx y creían que se la *revolución total* estaba a la vuelta de la esquina y todo se podía tirar por la ventana y –de paso– también la ventana. Este extremo radicalismo llevaba a la impotencia, porque nada se podía hacer hasta que no se pudiese cambiar todo. Desde el comienzo se veía que esos planteos extremos estaban destinados al fracaso, pero no la crítica en sí misma. Cualquiera que observe desde el atalaya de las ciencias sociales cómo opera en la realidad el poder punitivo, no puede menos que ser crítico. Además, la crítica actual tampoco puede ser la de hace cuatro o cinco décadas, porque el marco de poder planetario ha cambiado. En general la crítica de hace décadas se dirigía al control social punitivo de un *Estado social* o *de bienestar* en sociedades de consumo que, si los latinoamericanos no teníamos por completo, por lo menos aspirábamos a tener y, por cierto, algunos de nuestros movimientos populares nos habían aproximado a esos modelos. Hoy la crítica debe dirigirse al proyecto de sociedad excluyente del actual totalitarismo financiero que ocupó el lugar

de la política en el hemisferio norte y nos impone un tardocolonialismo de endeudamiento astronómico al sur. Tal como lo decimos en un libro reciente escrito con el colega brasileño Ílison Dias dos Santos, hoy sufrimos un control social de contención de nuestros excluidos, en tiempos en que la polarización ya no es *explotador-explotado* sino *incluido-excluido*. Quien no quiera ver en nuestra región la indignante selectividad del poder punitivo, los macrodelitos de la criminalidad organizada de los gobiernos que se amparan en la ideología encubridora autodenominada *neoliberal*, la letalidad policial, el fomento criminal de la proliferación de armas, el *lawfare*, la manipulación de los medios monopólicos, la persecución política, el desbaratamiento de nuestros capitalismo locales, sea no penalista o criminólogo, no es únicamente alguien que no es crítico, más bien es alguien que perdió todo contacto con el mundo real, que está alienado.

C.D.P.: Uno de los fenómenos más difíciles de estudiar para un criminólogo crítico es el atinente a la criminalidad de los grandes poderes políticos y económicos. ¿Cree usted que con las actuales herramientas que brinda el Derecho internacional penal, es posible sancionar a los responsables de los genocidios indiscriminados que cometen las grandes potencias?

No, el poder punitivo siempre es selectivo y por el hecho de internacionalizarse no deja de serlo. Las grandes potencias no ratificaron el estatuto de Roma ni los acuerdos para reducir la contaminación ambiental, todo lo que se haga en la ONU debe pasar por el Consejo de Seguridad donde tienen posibilidad de veto, Estados Unidos no integra el sistema interamericano porque no ratificó la Convención Americana, etc. Esto no significa que las penas a genocidas impuestas por tribunales internacionales o internacionalizados no estén legitimadas pues, aunque pertenezcan a países subdesarrollados, no dejan de ser genocidas, pero es ilusorio creer que lo mismo puede pasar con los genocidas de las grandes potencias. Se está pensando en un crimen internacional *económico-político*, como lo propone el profesor de Frankfurt

Wolfgang Naucke. Es una idea generosa pero está muy lejos de ser viable en la actualidad, en el contexto de la pulsión de totalitarismo financiero que sufre la humanidad.

C.D.P.: Profesor, para utilizar una categoría creada por usted, ¿Qué hacer para construir un nuevo sistema integrado del derecho penal donde tengan cabida la dogmática, la política criminal y la criminología, que se compadezca con el ejercicio del poder punitivo en este margen planetario?

Es lo que vengo sosteniendo desde hace treinta años, cuando publiqué *En busca de las penas perdidas*, que es en algún sentido una respuesta al abolicionismo, en particular de Hulsman, el propio título es un juego de palabras con su libro con Jacqueline Bernat de Celis. Pero también es un ensayo de compatibilización del derecho penal con la crítica criminológica. Parto de la afirmación de Tobías Barreto en relación a que la pena, al igual que la guerra, no tiene legitimación, sino que es un hecho político y sostengo que por eso no tiene racionalidad, que la racionalidad es la del derecho penal, cuya función más elemental, cuando sirve de algo, es acotar y limitar el ejercicio del poder punitivo mediante el ejercicio de un poder jurídico o judicial. Entiendo que la Cruz Roja es la agencia de contención jurídica del momento bélico y los poderes judiciales son los del momento político y, por ende, el derecho penal opera de modo análogo al derecho internacional humanitario. Este último no hace desaparecer la guerra, porque la Cruz Roja no tiene poder para eso, así como los jueces no pueden hacer desaparecer el poder punitivo, pero una y otros pueden acotarlo, evitar sus manifestaciones más crueles. Cuando le expuse esto a Antonio Beristain me dijo que me salía del sistema planetario, pero he salido y desde hace treinta años me siento muy cómodo habiendo renunciado a legitimar un poder que como juez nunca ejercí, porque me di cuenta de que el poder punitivo, la selección, etc., la hacen las agencias ejecutivas o policías, en tanto que nosotros solo tenemos el semáforo que sirve para detener el avance del poder punitivo más irracional y dejar pasar al

menos irracional, o bien, poner una luz amarilla cuando no tenemos las ideas del todo claras. Desde esta perspectiva es indispensable incorporar los datos de las ciencias sociales acerca del ejercicio real del poder punitivo, porque de otro modo sería imposible saber cómo ponerle límites. Además, mi perspectiva la confirma la historia de todos los genocidios del siglo pasado, porque han sido cometidos por policías sin contención del poder jurídico: las SS, la Gestapo, la KGB y los ejércitos en función represiva, no bélica. De este modo la criminología se integra de nuevo con el derecho penal, en una dogmática construida a partir de una teoría realista del conocimiento.

C.D.P.: Otro tema recurrente en el actual Derecho penal es el atinente al Derecho penal nacionalsocialista; usted mismo publicó hace poco un muy importante trabajo sobre la materia. ¿Cree que los lineamientos teóricos de esa concepción perviven en el momento actual, tanto en el Derecho penal alemán como en el Derecho penal de nuestros países?

El derecho penal nazi es un tema recurrente porque el nazismo no es un fenómeno exclusivamente alemán; si lo fuese no nos interesaría. Prescindiendo de cruces gamadas y camisas pardas, porque es obvio que la historia no se reitera en forma fotográfica, puede suceder un desgraciado proceso similar en cualquier otro país del mundo. Pensar que es exclusivamente alemán y no repetible es una insensatez y, a la vez, una injuria intolerable al pueblo alemán, es la teoría del *Sonderweg*, que implica una reversión del racismo nazi, un racismo al revés. Eso es inadmisibile. En cuanto a supervivencias en el derecho penal alemán, hay autores que destacan algunas cosas en la jurisprudencia, los cito, pero no creo que sean muchas ni atribuyo a eso mayor importancia. Lo que sí estimo es que surgen ideas análogas entre nosotros, justamente porque el fenómeno es repetible y por eso debemos cuidarnos muchísimo. Estudiar el derecho penal nazi hoy sirve para detectar estos brotes en nuestras propias legislaciones, doctrinas y, en especial, en los discursos políticos y mediáticos de nuestros monopolios comunicacionales, que son parte del totalitarismo financiero actual. Si pretendemos construir un derecho penal mínimamente

humano, es elemental estudiar las manifestaciones del derecho penal inhumano para detectarlas, porque, como dije, resurgen en cualquier lugar del mundo y sin pagar derechos de autor.

C.D.P.: ¿Qué les respondería a los críticos de su producción académica en este ámbito?

No he recibido hasta ahora mayores críticas sobre esta monografía. Si se refiere a un pequeño libro de un profesor alemán que nunca se destacó por contribuciones importantes a la dogmática penal, se trata de una directa agresión política que repite las difamaciones que recibo a diario por parte del gobierno *vendepatria* y entreguista de mi país. Me resulta curioso leerlas ahora en alemán. Repite lo que a diario dicen los *troll* del servicio de inteligencia argentino y agrega una discreta discriminación etaria. En mi país todos saben que fui juez antes, durante y después de la dictadura, que ésta me degradó a un altillo en la carrera judicial y que declaré la inconstitucionalidad de la suspensión de la opción de salida, de la tenencia de marihuana para propio consumo y que investigué un *hábeas corpus* en forma que determinó que de inmediato nos quitasen a los jueces ordinarios la competencia para entender en ellos y la concentraran en los jueces federales, sin contar con que ese *hábeas corpus* sirvió luego de prueba para condenar a los comandantes. Incluso se publicaron libros sobre esto, pero los servicios de inteligencia del actual régimen colonialista de mi patria y ese librito repiten la misma difamación. Por otra parte, son comidilla en sobremesas de colegas los episodios de desplantes, maltratos y aires de superioridad del autor en nuestra región. Cuando leo esas difamaciones en los diarios reaccionarios argentinos que en su momento apoyaron a la dictadura genocida, sé que en el fondo me reprochan que no haya salido a gritarlo a la calle, porque si lo hubiese hecho hoy sería una pequeña línea con mi nombre en bronce en una placa y se hubiesen ahorrado mi molesta presencia actual. Creo que se deben responder todas las críticas académicas y de buena fe, pero nunca respondo abiertas agresiones políticas con semejante carga de odio personal, de ensañamiento, fuera de todo res-

peto y estilo académico. En este mundo, cada uno de nosotros no tiene más remedio que cargar con sus propias neurosis y, como no soy psicoterapeuta, no me hago cargo de las ajenas. Que Dios lo ayude.

C.D.P.: ¿Cómo valora usted su muy importante paso como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

No creo que mi presencia como juez de la Corte Interamericana sea muy importante. Junto a mis colegas, hacemos lo que podemos en un sistema continental que es bastante débil. Creo que sembramos para el futuro, para que un día haya un sistema interamericano de Derechos Humanos más fuerte, con mayor eficacia práctica, pero los tiempos no son propicios para eso, todo lo contrario. Ya vendrán tiempos mejores.

C.D.P.: Usted ha sido un brillante estudioso de los sistemas penales subterráneos, le pregunto: ¿Hay manifestaciones de ellos entrado el nuevo milenio? En caso positivo, ¿tienen diferencias con las manifestaciones precedentes? ¿Cuál es la función que el Derecho penal puede y debe cumplir respecto de ellos?

La idea de sistema penal subterráneo la enunció Lola Aniyar de Castro con motivo de las dictaduras de seguridad nacional y, en verdad, la lectura del reciente libro de Hernando León Londoño Berrío me ha hecho reflexionar bastante. Repensando la cuestión, creo que, en cada agencia ejecutiva del poder punitivo, en cada policía, hay una tendencia orgánica a la autonomización que, en el fondo, es una pulsión hacia un sistema punitivo propio y sin control jurídico o judicial. La pulsión a escapar a toda limitación del poder punitivo y desembocar en un pluralismo punitivo se mantiene en potencia y contenida en los cuerpos policiales cuando el Estado es realmente soberano y el poder jurídico de filtración es fuerte, es decir, en todo verdadero Estado de derecho, pero cuando este último se debilita y se aleja del modelo

ideal, lamentablemente la pulsión aflora, pasa al acto y desemboca en sistemas punitivos paralelos y a veces subterráneos, es decir, en las matanzas y genocidios. Cuando directamente desaparece el poder jurídico de contención, la autonomización llega a montar un sistema punitivo que alcanza los límites de la atrocidad, como en el caso del *Mozote* en El Salvador, donde con la insólita y absurda tesis de que *hay que quitarle el agua al pez*, para evitar que los guerrilleros se refugiaran entre los aldeanos, mataron a toda una aldea de cerca de mil quinientas personas, incluso a niños recién nacidos. Esa es la teoría del partisano de Carl Schmitt en acción y llevada al extremo, la legitimación de la OAS que hizo en esa famosa conferencia en plena España franquista, transportada a nuestra región. El más fino ideólogo de la seguridad nacional fue Schmitt con su teoría del partisano, el *Kronjurist* del *Dritte Reich*. ¿Todavía alguien se atreve a sostener la absurda tesis del *Sonderweg* alemán?

C.D.P.: El tráfico ilegal de drogas es uno de los asuntos que ha ocupado la agenda internacional a lo largo de las últimas décadas, en medio de un agudo debate que fluctúa entre las posturas prohibicionistas y las anti-prohibicionistas. ¿Cómo cree usted que se debe enfrentar este asunto y en qué han fallado los intentos por descriminalizar la producción, comercialización y consumo de drogas ilícitas?

La prohibición de tóxicos es clave para debilitar a nuestros estados como recurso del colonialismo del totalitarismo financiero. Como es natural, conforme a las reglas del mercado, cuando hay demanda de un servicio ilícito —en este caso la distribución de tóxicos— y se limita la oferta del servicio, el precio sube. Es el precio del servicio lo que sube, no el valor agregado a esa porquería, que es ínfimo; no sube el valor del tóxico, sino del servicio de distribución. A diferencia de lo que sucedía con la prohibición alcohólica de hace un siglo, hay hoy una distribución internacional del trabajo en cuanto a tóxicos prohibidos: el demandante mayor está en el norte, la competencia para alcanzar ese mercado se produce en el sur, los muertos quedan en el sur, en el norte hay un servicio aceitado de distribución que no causa problemas.

La mayor renta por la enorme diferencia entre el precio FOB y el que llega al consumidor queda en el norte y, además, el norte monopoliza el servicio de reciclaje del dinero producto de todo el tráfico, el del norte y el del sur. El control prohibitivo se ajusta cuando aumenta la oferta y baja el precio, y se afloja cuando pasa lo contrario; las agencias controladoras internacionales cumplen el papel de una junta reguladora del precio del tóxico. El negocio es redondo para el norte y, por otra parte, funcional para introducir violencia en nuestros países, o sea, para debilitar a nuestros estados con sociedades muy estratificadas y alto nivel de pobreza, en las que de ese modo se arroja cualquier basura convertida en oro por la prohibición, o sea, que se descubrió la fórmula que los alquimistas no consiguieron nunca. En estas condiciones jamás se va a permitir la legalización, porque arruinaría el negocio del norte y sería disfuncional a la actual etapa colonialista.

C.D.P.: Colombia es un país en el cual los escenarios de la guerra, la barbarie y la injusticia, tienen manifestaciones muy dolorosas y particulares. ¿Cree usted posible la reconciliación entre los colombianos acudiendo solo a las herramientas que brinda la llamada justicia transicional?

Creo que la experiencia de justicia transicional colombiana es resultado de una política transicional que me parece altamente positiva. Ante todo, debe tenerse en cuenta que no es posible continuar una violencia hasta el infinito. En algún momento debe parar, ser detenida. Si una violencia no se detiene en cierto momento, si no impera un instante de racionalidad, es porque la violencia es funcional a intereses y grupos con suficiente poder para impedir que eso suceda. Lógicamente, esos poderes harán todo lo posible para desacreditar y neutralizar cualquier intento de reconciliación. Lamentablemente, siempre es más sencillo promover una guerra que promover la paz, porque para lo primero se apela a la irracionalidad exaltando la necesidad de venganza y, en toda violencia hay heridas y heridos que no siempre es sencillo

que depongan la actitud vindicativa, en particular cuando ésta es azuzada machaconamente desde los medios de comunicación y las tribunas políticas.

C.D.P.: Y, a propósito de lo anterior: ¿Cree posible que imperen la paz y la justicia social si a los responsables de cometer graves crímenes de lesa humanidad no se les castiga, así sea con penas moderadas y, además, ellos no contribuyen a la verdad, a la no repetición y a la reparación de las víctimas?

Una cosa es lo que se haga una vez que una parte ha sido vencida y la violencia ha terminado, y otra cuando hay que ponerle fin y ambas partes están armadas y con capacidad ofensiva. Si tuviera la posibilidad de salvar al último millón de judíos que Hitler mató o al último millón de camboyanos que Pol Pot mató, y para eso tuviese que tomar un café con Hitler o con Pol Pot, lo tomaría. La cuestión es salvar vidas humanas. El objetivo estratégico debe ser claro y único: salvar vidas. En este sentido, entiendo que es positivo que la justicia transicional no deje de sancionar las violaciones al derecho internacional humanitario, como las masacres, los genocidios y los falsos positivos y bombardeos indiscriminados que golpearon a la población civil. Entiendo que hasta ahora, si no me equivoco, hay miles de militares y combatientes que se acogieron a la jurisdicción especial para la paz, reconociendo sus responsabilidades y dando garantías de no repetición, lo que, obviamente, supone que tendrán un tratamiento punitivo que les permita incorporarse como ciudadanos normales a la vida civil. En algún momento debe parar el conflicto y me parece que es bastante original en el mundo que se trate de hacerlo sin eximir a los actores violentos de sus responsabilidades, a diferencia de lo hecho en otros países hermanos. Dado que se trata de detener un conflicto, es decir, pasar a un postconflicto, tampoco se los podría someter a la justicia ordinaria, no solo porque impondría penas incompatibles con la reincorporación de los combatientes, sino también y fundamentalmente, porque debe tenerse en cuenta que se trata de un acuerdo de conciliación y no de la derrota de una de las partes. Por supuesto, insisto en que si la violen-

cia ha continuado por largo tiempo, no puede caber duda de que existen intereses para los que ésta es funcional y, por ende, serán contrarios a cualquier posibilidad de reconciliación, pero desde las perspectivas jurídica y moral, nadie puede ignorar que la confrontación se da entre un intento serio, novedoso y original de evitar muertes y quienes quieren que haya más muertos.

C.D.P.: ¿Qué consejos y qué lecturas le recomendaría usted a los jóvenes que quieren cultivar el estudio de la cuestión criminal desde las perspectivas de la criminología y la política criminal?

Ante todo, quiero aclarar que, tratándose de estudiantes de derecho, lo primero que deben estudiar es derecho, o sea, meterse en la dogmática jurídico penal. La dogmática es necesaria, aunque no sea suficiente, pero el manejo de sus categorías debe aprenderse. Abandonar la dogmática es caer en el romanticismo que, como dije, es perderse para siempre. Si se deben integrar la dogmática y los conocimientos y datos de las ciencias sociales, no debe descuidarse la primera. Pero, además, es bueno que lean de todo. Un buen manual de filosofía, que los oriente en las corrientes filosóficas, un Abbagnano, por ejemplo, es buena lectura. Libros que instruyan sobre las corrientes sociológicas, las escuelas, metodologías, etc. es necesario. Tener una idea de economía para entender qué pasa en el mundo actual y qué cambios sufrimos. Husmear por la psicología y en la psiquiatría nos viene muy bien. Y, en general, cuidar la cultura general, leer lo que se pueda, literatura, historia, sobre todo historia contemporánea. Debemos cuidarnos del normativismo idealista que nos convierte en verdaderos analfabetos culturales, nos encierra enseñándonos a conocer una parte ínfima de la realidad y nos deforma esa misma realidad, porque nos hace creer que el derecho es omnipotente, nos hace perder los límites del derecho. Cuando leo cosas tan absurdas como por ejemplo que el derecho *regula la familia*, siento que estamos alucinados, porque la más somera observación de la realidad nos muestra que el derecho de familia empieza a funcionar cuando la familia se ha terminado, sea porque uno murió o porque se pelearon y separaron. Entonces el derecho dice cómo

se dividen los bienes, qué pasa con los hijos menores, quién tiene que pasar alimentos a quién, pero porque ya no hay familia. ¿O alguien puede creer que el amor se reclama con el código civil en la mano? De esas alucinaciones debemos cuidarnos, no olvidar que el derecho no es todopoderoso, que para el teísta, todopoderoso hay uno solo y está arriba y, para el que no cree, todopoderoso no hay nada.

C.D.P.: Cuando la vida académica y el ejercicio profesional le brinden un respiro ¿a qué actividades académicas o culturales distintas a las que hace hoy, se piensa dedicar?

A estas alturas no creo que me reste mucho tiempo para dejar de hacer lo que hago. Creo que lo seguiré haciendo mientras la máquina funcione. Eso no me impide husmear otros campos, meterme a nuevos problemas, ver qué nos dicen otros científicos, pensadores, escritores, historiadores, etc. Nuestra ignorancia siempre será infinita.

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES

La Revista Cuadernos de Derecho Penal, órgano de divulgación científica adscrito al Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, tiene por objetivo facilitar la difusión del conocimiento científico desarrollado en los ámbitos nacional e internacional en las siguientes áreas de conocimiento: derecho penal, derecho procesal penal, criminología, política criminal, investigación criminal, derecho penal económico, historia de las ciencias criminales y derecho internacional penal.

Ella se integra con cuatro secciones: doctrina, jurisprudencia, reseñas y reseñas y entrevistas, y tiene una periodicidad semestral; publica artículos originales evaluados bajo la modalidad de pares ciegos. La Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos y de las sugerencias a los autores en relación con cambios que alteren el contenido de la composición.

I. Los tipos de manuscrito

Solamente se reciben documentos bajo las siguientes categorías:

- a) Artículo resultado de avance parcial o final de un proyecto de investigación.
- b) Artículo de reflexión. Se trata de un documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica, sobre un tema específico.
- c) Artículo de estado del arte o de revisión. Definido por Colciencias como aquel escrito que sistematiza y analiza los resultados de investigaciones, publicadas o no, sobre un campo del conocimiento.
- d) Comentario Jurisprudencial. Únicamente, se reciben textos que versen sobre la jurisprudencia nacional y, de manera excepcional, de tribunales internacionales en sus distintas manifestaciones. Todo lo anterior, en las áreas del derecho penal, derecho procesal penal, criminología y áreas afines ya señaladas.
- e) Reseña bibliográfica.
- f) Traducciones.
- g) Reseñas bibliográficas.
- h) Entrevistas.

II. La recepción de manuscritos

Los artículos se reciben de forma digital en las convocatorias periódicas correspondientes, por medio de la herramienta habilitada en el repositorio institucional y/o a través del correo electrónico dirigido a revista.cdp.penal@usa.edu.co.

III. El proceso de evaluación y selección de los artículos

Los trabajos recibidos se someten a estudio del Comité Editorial y del Comité Científico los cuales evalúan si son susceptibles de ser enviados a estudio de pares externos; el autor será informado del resultado de esa labor a más tardar dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de postulación del trabajo. Al someter sus artículos científicos al proceso de selección los aspirantes deben tener en cuenta lo siguiente:

- a) Todo material postulado debe ser original.
- b) El autor debe firmar una carta de originalidad del trabajo.
- c) Proceso de arbitraje, dictamen o evaluación de artículos. Con el fin de calificar los trabajos en cuanto a forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación, los textos se someten a evaluación del Comité Editorial y del Comité Científico y, posteriormente, a dos pares ciegos.

Este proceso se hace conforme a las siguientes indicaciones:

- i. Se guardará el anonimato de los autores de los textos frente a sus evaluadores.
- ii. En caso de observaciones, si el artículo es «publicable con correcciones», se remite a los autores para que las hagan o evalúen las recomendaciones de ser este el caso.
- iii. El documento debe ser devuelto con los cambios para continuar con el proceso de edición y, en caso de presentarse controversia entre los conceptos de ambos pares evaluadores, se remite a un tercer evaluador; una vez este conceptúe, regresa a los Comités Editorial y Científico donde se toma la decisión final en torno a la aceptación o rechazo del mismo.
- iv. En todo caso, la aceptación definitiva acerca de la publicación del trabajo depende de las modificaciones que los asesores de los Comités propongan al autor, confrontados con los conceptos de los pares evaluadores externos. El Comité Editorial de la Revista se reserva el derecho de introducir modificaciones formales necesarias para adaptar el texto a las normas de publicación.

- v. De no ser aprobado el artículo en la evaluación preliminar de los Comités o en la evaluación por pares ciegos, se comunicará a los autores la decisión con una breve justificación.
- iv. Con el fin de clarificar y facilitar la calificación del artículo al par evaluador se le suministra el formato de dictamen utilizado por la revista Cuadernos de Derecho Penal.

IV. La estructura de los manuscritos y otros aspectos

Los trabajos deben presentarse en letra times 12 y ceñirse a las normas APA, 7ta Edición, 2019. El documento debe contener:

- a) Título del trabajo correspondiente a la idea principal del artículo.
- b) Nombre del autor (es) y la institución en la cual se llevó a cabo el trabajo.
- c) Si el texto fuere producto de un proyecto de investigación se debe indicar el nombre del cual proviene el escrito y la entidad que lo financia.
- d) Resumen que no exceda las 120 palabras pero que abarque el contenido del artículo y su correspondiente traducción al inglés (*abstract*). Al final de los resúmenes, tanto en español como en inglés, deben ir las palabras claves (hasta diez) que den una idea de los temas fundamentales que se plasman en el trabajo.
- e) Los artículos deben contar con referencias suficientes. Los trabajos de revisión o estados del arte, según exigencias de Publindex –Colciencias– deben contener un mínimo de cincuenta referencias; ellas se deben incluir en un acápite intitulado como referencias bibliográficas, que debe ir ordenado alfabéticamente con base en las normas APA, en especial la 7.ª Edición, 2019.
- f) No se devolverán a sus respectivos autores los originales ni se considerarán para su publicación los artículos que no cumplan con las normas precedentes.
- g) Una vez publicado el trabajo los derechos de impresión y reproducción por cualquier medio son del editor. Es potestativo del Editor permitir la reproducción del artículo.
- h) Los autores recibirán sin costo alguno una copia de la Revista en su formato electrónico y dos ejemplares de la versión en físico de la respectiva edición en que resulten publicados los trabajos.

Apuesta por Tirant Online Colombia, la base de datos jurídica innovadora del mercado



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Traductor jurídico
- * Legislación internacional
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Jurisprudencia altas cortes y tribunales
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Tirant Derechos Humanos
- * Novedades
- * Conceptos de Superintendencias y órganos de control

Comunícate en Bogotá 4660171

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com