

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

Nº 20

Julio-Diciembre 2018

TERRORISMO, ORGANIZACIONES CRIMINALES
Y DERECHOS FUNDAMENTALES

EDICIÓN CONMEMORATIVA DE LOS DIEZ AÑOS DE EXISTENCIA

Editor:

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

Coordinadores Editoriales:

JOHN E. ZULUAGA TABORDA

JUAN DAVID JARAMILLO RESTREPO

Asistente Editorial:

YADIRA CABALLERO QUINTERO



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA



tirant
lo blanch

Cuadernos de Derecho Penal

Nº 20

(Julio-diciembre de 2018)

TERRORISMO, ORGANIZACIONES CRIMINALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES

EDICIÓN CONMEMORATIVA DE LOS DIEZ AÑOS DE EXISTENCIA

Editor:

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

Coordinadores Editoriales:

JOHN E. ZULUAGA TABORDA

JUAN DAVID JARAMILLO RESTREPO

Asistente Editorial:

YADIRA CABALLERO QUINTERO



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**

tirant lo blanch

Bogotá, D.C., 2019

Presentación. *Fernando Velásquez Velásquez*

Doctrina

- Combatientes extranjeros terroristas y la expansión de la legislación terrorista en el terreno del derecho internacional humanitario. *John A. E. Vervaele*
- Derecho penal y protección de derechos fundamentales. *Eckart Ratz*
- Relación entre organización criminal, grupo criminal y asociación ilícita tras las reformas de 2010 y 2015 en España. *Alri Zurita Gutiérrez.*
- Las víctimas invisibles ante la justicia penal internacional. *Ana Beltrán Montoliu.*
- La dinámica probatoria del incidente de reparación integral. *Ingry L. Acosta Piedrahíta.*
- Posibles diferencias entre el ilícito penal y el ilícito administrativo en el ordenamiento jurídico brasileño. *Chiavelli Facenda Falavigno.*
- Responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho español. Especial referencia al delito fiscal. *María Belén Linares.*

Jurisprudencia

- Los preacuerdos y el mal llamado allanamiento a cargos. *Miguel Lamadrid Luengas.*

Reseñas y recensiones

- Ambos, K. (2018). *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe, 5ª. edición.* München: C. H. Beck. *Fernando Velásquez Velásquez*
- Posada, R. (2017). *Los cibercrímenes: un nuevo paradigma de criminalidad. Un estudio del Título VII bis del Código penal.* Bogotá: Universidad de los Andes-Ibáñez. *Juan David Jaramillo Restrepo.*
- Ambos, K. Cortés, F & Zuluaga, J. (Comp.) (2018). *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores. *Kevin Iván Giraldo Ramos.*

Entrevista

- Profesor Dr. José Luis González Cussac. *Fernando Velásquez Velásquez.*

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DE DERECHO PENAL N.º 20

EDITOR

Prof. Fernando Velásquez Velásquez
Doctor en Derecho y Ciencias Políticas

COORDINADORES EDITORIALES

Prof. Dr. John E. Zuluaga Taborda LL. M.
Prof. Mag. Juan David Jaramillo Restrepo

ASISTENTE EDITORIAL

Candidata a Doctora Yadira Caballero Quintero

COMITÉ EDITORIAL/CIENTÍFICO

Prof. Dr. 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. 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. 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, i. Br., 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
Prof. Oscar Julián Guerrero Peralta
Prof. Hernán Gonzalo Jiménez Barrero
Prof. Carlos Roberto Solórzano Garavito
Prof. Álvaro Vargas
Prof. Mario Trapani

CORRECTOR DE ESTILO

Prof. Fernando Velásquez Velásquez
Doctor en Derecho y Ciencias Políticas

Fecha de edición: julio-diciembre de 2018

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

www.tirant.com

Librería virtual: www.tirant.es

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

Escuela de Derecho, Departamento de Derecho Penal

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

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

Correo: cuadernos.der.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
II. Doctrina	
Los combatientes extranjeros terroristas y la expansión de la legislación terrorista en el terreno del Derecho internacional humanitario	17
<i>Prof. Dr. John A. E. Vervaele</i>	
El Derecho penal y la protección de los derechos fundamentales	57
<i>Eckart Ratz</i>	
La relación entre organización criminal, grupo criminal y asociación ilícita tras las reformas de 2010 y 2015 en España	77
<i>Alri Zurita Gutiérrez</i>	
Las víctimas invisibles ante la Justicia penal internacional.....	111
<i>Ana Beltrán Montoliu</i>	
La dinámica probatoria del incidente de reparación integral	139
<i>Ingrý L. Acosta Piedrahíta</i>	
Posibles diferencias entre el ilícito penal y el ilícito administrativo en el ordenamiento jurídico brasileño.....	193
<i>Chiavelli Facenda Falavigno</i>	
La responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho español. Especial referencia al delito fiscal.....	207
<i>María Belén Linares</i>	
III. Jurisprudencia	
Los preacuerdos y el mal llamado allanamiento a cargos	251
<i>Miguel Lamadrid Luengas</i>	
IV. Reseñas y reseñaciones	
Ambos, K. (2018). <i>Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe</i> , 5ª. Edición. München: C. H. Beck. 742 pp.....	307
<i>Fernando Velásquez Velásquez</i>	

Posada, R. (2017). <i>Los cibercrímenes: un nuevo paradigma de criminalidad. Un estudio del Título VII bis del Código penal</i> . Bogotá: Universidad de los Andes-Ibáñez, 482 pp.	311
<i>Juan David Jaramillo Restrepo</i>	
Ambos, K., Cortés, F. & Zuluaga, J. (Coods.) (2018). <i>Justicia transicional y Derecho Penal Internacional</i> . Bogotá: Siglo del Hombre Editores. El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL), Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y Fundación Alexander von Humboldt. 406 pp.....	315
<i>Kevin Iván Giraldo Ramos</i>	
V. Entrevista	
Profesor Dr. José Luis González Cussac	323
<i>Fernando Velásquez Velásquez</i>	
Instructivo para los autores	339

I Presentación

Este número, que conmemora nuestros primeros diez años de actividad académica, va de la mano de recientes iniciativas dirigidas a brindar una mejor visibilidad a la publicación: de un lado, ya la revista está indexada en EBSCO, una muy importante fuente de divulgación que la posicionará aún más y la hará llegar al mayor número de investigadores; además, del otro lado, en pro del posicionamiento y la búsqueda de la excelencia, la Editorial española Tirant lo Blanch se encarga a partir de ahora de su edición y distribución, como parte de un convenio institucional suscrito entre esa casa editorial y nuestra Universidad.

El lector encontrará las habituales secciones. En el apartado destinado a la doctrina se incluyen siete colaboraciones distintas: la primera, denominada *Los combatientes extranjeros terroristas y la expansión de la legislación terrorista en el terreno del Derecho internacional humanitario*, elaborada por el profesor belga John A. E. Vervaele. Posteriormente, se plasma la aportación del profesor Eckart Ratz, *Derecho penal y protección de derechos fundamentales*, quien expone la comprensión de la igualdad de derechos basada en los derechos fundamentales, la democracia y la separación de poderes. En tercer lugar, se puede leer el artículo *La relación entre organización criminal, grupo criminal y asociación ilícita tras las reformas de 2010 y 2015 en España*, del estudioso Alri Zurita Gutiérrez, para quien es imperativo el estudio y delimitación de los nuevos tipos delictivos de organización criminal, grupo criminal y asociación ilícita, referidos a la delincuencia organizada, incorporados en la legislación española.

En cuarto lugar, se inserta el aporte de la profesora Ana Beltrán Montoliu denominado *Las víctimas invisibles ante la Justicia penal internacional*; esta investigación hace un análisis sobre la evolución jurisprudencial producida en relación con los crímenes internacionales y el enjuiciamiento de los principales responsables. A continuación, se puede consultar la contribución de Ingrid L. Acosta Piedrahíta, intitulada *La dinámica probatoria del incidente de reparación integral*, que desarrolla un tema controversial y de actualidad en materia del derecho procesal penal nacional relacionado con el incidente de reparación integral, todo ello respecto a la dinámica probatoria que se debe desplegar en tal escenario.

Además, en sexto lugar, se inserta el trabajo denominado *Posibles diferencias entre el ilícito penal y el ilícito administrativo en el ordenamiento jurídico brasileño*, de la estudiosa Chiavelli Facenda Falavigno, en el cual se busca averiguar la relación entre el ilícito penal y el administrativo en el derecho de esa nación, para lo cual analiza los debates doctrinales y propone una solución por medio de una política sancionadora integrada. Finalmente, se cuenta con el aporte de la investigadora María Belén Linares, intitulada *La responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho español. Especial referencia al delito fiscal*, que se centra en los aspectos pertinentes de la reforma al ordenamiento jurídico-penal español operada por la Ley Orgánica 1 de 2015 con referencia a los modelos de prevención de delitos, el sistema de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las condiciones mínimas de los programas penales y la figura del oficial de cumplimiento.

En el apartado destinado a la jurisprudencia, el profesor Miguel Lamadrid Luengas hace referencia a los preacuerdos y al mal llamado allanamiento a cargos, oportunidad en la cual aborda la problemática que surge a raíz de la aceptación unilateral de los cargos imputados como una de las manifestaciones de los preacuerdos y las negociaciones introducidas en nuestro sistema procesal penal, como componentes de la justicia negociada; al efecto comenta una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, que ha originado muchos debates.

También, las reseñas y recensiones cuentan esta vez con la realizada por el suscrito al texto *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, del profesor de la Universidad de Göttingen, Alemania, Kai Ambos, quien se ha consolidado como el más importante estudioso y exponente académico de las problemáticas asociadas con el Derecho penal en el plano internacional de la época contemporánea. A su turno, el profesor Juan David Jaramillo Restrepo comenta el libro *Los cibercrímenes: un nuevo paradigma de criminalidad. Un estudio del Título VII bis del Código penal*, escrito por el profesor Ricardo Posada Maya una investigación que, en palabras del autor, «plantea toda una teoría general del delito informático y un estudio minucioso de la parte especial Ley 1273 de 2009, en el que se analizan las

diversas figuras criminales incorporadas a la legislación penal nacional y sus reformas». Finalmente, nuestro colaborador Kevin Iván Giraldo Ramos reseña el texto *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional* de los profesores Kai Ambos, Francisco Cortés Rodas y John Zuluaga cuya finalidad es, desde un doble enfoque jurídico y filosófico, auscultar los fenómenos de la justicia transicional en Colombia.

Para culminar, la sección destinada a grandes estudiosos que han contribuido a las disciplinas penales y procesales se destina esta vez a una charla celebrada por el suscrito con el estudioso español, el profesor Dr. José Luis González Cussac, un muy reputado académico adscrito a la escuela del Derecho penal de Valencia, España, quien ha realizado importantes aportes a las disciplinas penales traducidos en innumerables producciones científicas fruto de su lúcida inteligencia y de una gran formación, que producen admiración, máxime si se trata de un ser humano de infinitas bondades.

En fin, para culminar, quiero agradecerle al señor Rector de la Universidad —el Dr. Rodrigo Noguera Calderón— quien, como siempre, lleno de generosidad, ha patrocinado también esta nueva entrega; iguales reconocimientos debo hacer con los directivos de la Escuela y los miembros de mi equipo de trabajo que, con decidido impulso, me acompañan en tan gratificante tarea.

Fernando Velásquez Velásquez
Editor

II Doctrina

Los combatientes extranjeros terroristas y la expansión de la legislación terrorista en el terreno del Derecho internacional humanitario

*Prof. Dr. John A. E. Vervaele**

Resumen: Los combatientes extranjeros no son los típicos participantes en lo que consideramos conflictos armados tradicionales, ya se han convertido en terroristas. Además, su estatus, privilegios y la responsabilidad penal varían conforme a la aplicación de la legislación, tanto así que los tribunales llamados a aplicar el Derecho penal internacional en los ámbitos mundial y local empiezan a buscar soluciones para subsumir estos hechos en las categorías recogidas en el Derecho internacional humanitario y en el mismo Derecho penal internacional.

Palabras claves: Combatientes extranjeros, conflicto armado, terrorismo, legislación.

Abstract: Foreign fighters are not the typical participants in what we consider traditional armed conflicts, they have already become terrorists. In addition, their status, privileges and criminal responsibility vary according to the application of legislation, so much so that courts called to apply international criminal law in the world and local areas begin to seek solutions to subsume these facts in the categories included in international humanitarian law and international criminal law itself.

Keywords: Foreign fighters, armed conflict, terrorism, legislation.

* Traducción de Miriam Ruiz Arias, Becaria de la Universidad de Salamanca; una versión preliminar fue publicada en A. Pérez Cepeda, *El Terrorismo en la Actualidad: Un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, 2018. El autor es Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho de Utrecht (Países Bajos) y Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, París. Correo: J.A.E.Vervaele@uu.nl.

Análisis del problema

El término de combatientes extranjeros se emplea con cada vez más frecuencia para hacer referencia a personas con nacionalidad extranjera que combaten en conflictos de todo tipo (De Guttry, Capone, & Paulussen, 2016). La participación de estas personas en conflictos armados puede tomar diferentes formas, desde mercenarios que buscan su beneficio personal, combatientes que luchan por la libertad —como las Brigadas Internacionales que lucharon contra Franco en la Guerra Civil Española en los años 30 del siglo pasado— hasta milicias religiosas cuyo último objetivo es contribuir a la creación de un califato o unirse a la yihad (Engelhardt, 2014). Ser un combatiente extranjero como tal no constituye un delito de acuerdo al marco legal existente. No es un término específico del Derecho Penal Internacional y tampoco se incluye en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ni en ninguna de las normas que regulan otros tribunales penales internacionales (Heinsch, 2016, pp. 161-186). Participar en un conflicto extranjero no está prohibido como tal bajo el Derecho Internacional Humanitario (DIH) (Sommaro, 2016, pp. 141-160); sin embargo, cuando esas personas participan como mercenarios no quedan amparados bajo el DIH con la condición o el estatus de combatientes o prisioneros de guerra en un conflicto armado internacional. Estas personas, en cambio, pueden ser responsables penalmente bajo el Derecho Penal del país al que pertenecen por su participación en un conflicto armado en el extranjero. Hasta hace poco «combatientes extranjeros» no era tampoco un término propio de la ley contra el terrorismo.

La calificación legal de su estatus depende en gran medida de su conducta y no de sus opiniones o creencias. Esto último significa que es fundamental señalar las diferencias entre combatientes reconocidos bajo el DIH que han luchado en un conflicto armado y aquellos que únicamente están aterrorizando a la población civil o sembrando el terror mediante violaciones, esclavización y prostitución obligada o aquellos que están destruyendo de manera ilegal el patrimonio cultural. No obstante, en el primer caso referido es necesario realizar una distinción entre aquellos que se adhieren al *ius in bellum* y

aquellos otros que emplean armas de una forma extremadamente inhumana y brutal, de modo que violan el DIH cometiendo crímenes de guerra además de crímenes contra la humanidad e incluso el crimen de genocidio. Por último, también se puede diferenciar entre el estatus de dichos combatientes tomando en cuenta si el conflicto armado es internacional o no lo es. En los actuales conflictos en Siria e Irak ha quedado claro que los combatientes extranjeros pueden cometer crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad e incluso el crimen de genocidio, pero también pueden cometer delitos de terrorismo y, por tanto, convertirse en combatientes terroristas extranjeros. Se plantean mayores dificultades, en cambio, cuando a estos combatientes se les considera como combatientes legales y deben ser excluidos de cualquier proceso penal o cuando se les considera penalmente responsables y es necesario averiguar bajo qué delitos se les debe juzgar (crímenes internacionales o terrorismo) y bajo qué jurisdicción pueden ser juzgados.

Tradicionalmente, la especialidad del Derecho Internacional que regía en un conflicto armado (*ius ad bellum*, Convenciones de la Haya de 1899 y 1907 sobre el comportamiento en la lucha armada) y el DIH (*ius in bellum*, recuérdense los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 referentes a la Protección de Persona Civiles en tiempos de Guerra cuando expresamente disponen, en su Artículo 33, que todas las acciones terroristas están prohibidas; de forma similar, se pueden observar los Protocolos Adicionales I y II a las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y referentes a la Protección de Víctimas de Conflictos Armados Internacionales y No Internacionales de 8 de junio de 1977), el Derecho Internacional Penal (crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio y agresión) y los Convenios Internacionales que se empleaban para luchar contra el terrorismo eran relativamente autónomos. Existía una clara diferenciación entre una actuación en tiempos de paz y en tiempos de Guerra además de una clara separación entre un conflicto armado entre Estados y la ejecución de acciones violentas por actores no estatales. Las jurisdicciones nacionales no se encontraban con ninguna dificultad para determinar la jurisdicción y la ley aplicable cuando se daba una guerra legal, crímenes de guerra o delincuencia común como

los delitos de homicidio o terrorismo. En cualquier caso, la legislación sobre lucha contra el terrorismo tenía que regirse por los estándares constitucionales nacionales y por la normativa internacional y regional de derechos humanos. En tiempos de guerra la legislación para luchar contra el terrorismo se tuvo que aplicar en conformidad con el *ius ad bellum* y el *ius in bellum*. Como los conceptos de legislación para luchar contra el terrorismo y el conflicto armado nunca se consideraron excluyentes, los Convenios Internacionales también se ocuparon de recoger cualquier solapamiento entre los mismos, por ejemplo, la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (1979) contiene en su artículo 12 la exclusión total de su aplicación en supuestos de conflicto armado:

Siempre que los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de la guerra o los Protocolos adicionales a esos Convenios sean aplicables a un acto determinado de toma de rehenes y que los Estados Partes en la presente Convención estén obligados en virtud de esos convenios a procesar o entregar al autor de la toma de rehenes, la presente Convención no se aplicará a un acto de toma de rehenes cometido durante conflictos armados tal como están definidos en los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos, en particular los conflictos armados mencionados en el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo adicional I de 1977, en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

En las últimas décadas los elementos que permitían diferenciar entre la aplicación del DIH y la de la legislación de lucha contra el terrorismo se han difuminado por múltiples razones, dando lugar tanto a conflictos de jurisdicción a nivel nacional además de entre los tribunales penales internacionales y los tribunales nacionales, como al solapamiento de la legislación aplicable. Esto puede conducir a una mayor criminalización o a la impunidad (Paulussen, 2012a; Paulussen, 2012b). Además, existen diversas razones para este mayor solapamiento y para los conflictos entre el DIH y la legislación de lucha contra el terrorismo que están relacionadas tanto con las dinámicas propias del

ámbito propio del conflicto armado y el DIH como con la dinámica perteneciente a la legislación antiterrorista.

Análisis del mayor solapamiento y del conflicto de la ley y la jurisdicción

Las dinámicas en el ámbito del conflicto armado y el DIH. En primer lugar, la definición de conflicto armado que históricamente se ha dado en el Derecho Internacional Público se ha ampliado más allá de los conflictos armados internacionales (Fleck, 1995) entre Estados hasta entenderse, hoy en día, como conflictos armados no internacionales entre actores que también incluyen actores no estatales tales como rebeldes y la oposición militar. El Artículo 2, que es común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I amplían la definición de conflicto armado internacional para incluir aquellos conflictos armados en los que los pueblos luchan contra el dominio colonial, ocupación externa o regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a la autodeterminación como pueblo (guerras de liberación nacional).

El último tipo de conflicto armado referido está prolongando los enfrentamientos armados entre las fuerzas armadas gubernamentales y los efectivos de uno o más grupos armados o bien entre los grupos armados que se forman en el territorio de un Estado que logran alcanzar un nivel mínimo de intensidad y en el cual las partes envueltas en el conflicto muestran un mínimo de organización. A lo largo del planeta podemos observar un aumento profundo de los conflictos en los que entidades no estatales están involucradas en una «función de combate continua». En ese tipo de situación pueden ser cometidos crímenes de guerra además de crímenes internacionales fundamentales. El hecho de que los civiles puedan ser un objetivo directo de una fuerza militar se puede considerar como un crimen internacional que cualquiera debe sancionar. Esto significa que las «fuerzas armadas» como actores pueden quedar comprendidas por entidades no estatales que podrían ser definidas también como organizaciones terroristas, como por ejemplo ISIS o Al Qaeda. En la

actualidad tanto el DIH como el Derecho Penal Internacional regulan los actos de terrorismo llevados a cabo durante un conflicto armado (Cassese, 2006, p. 943).

En segundo lugar, la importancia de la existencia de un conflicto armado en el territorio de uno de los Estados Parte ha perdido su relevancia debido a que las cuatro Convenciones de Ginebra han sido ratificadas universalmente y cualquier conflicto armado entre fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados o entre tales grupos no puede darse en el territorio de uno de los Estados Parte de la Convención. *A sensu contrario*, la actividad beligerante de las fuerzas armadas solamente se reconoce como conflicto armado ante el Derecho Internacional cuando existe un cierto grado de intensidad en las hostilidades (esto depende del número de acciones llevadas a cabo, el número de participantes y el número de víctimas) en una determinada área de un territorio controlado y cuando las partes tienen cierto grado de organización. Esto significa que el ámbito territorial del conflicto ya no es tan relevante para accionar la jurisdicción, sino que para establecer si se puede aplicar la definición de conflicto armado y para evaluar qué actuaciones están conectadas con ello y cuáles no. En el caso Kunarac la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia destacó que: «El estado de conflicto armado no está limitado a las áreas donde se están produciendo operaciones militares de combate, sino que existe a lo largo de todo el territorio bajo el control de las partes beligerantes» (Prosecutor v. Kunarac et al, 12 de junio de 2002; Prosecutor v. Blaskić, 3 de marzo de 2000).

En tercer lugar, el concepto de conflicto armado está por sí mismo sufriendo un gran cambio (Henckaerts & Doswald-Beck, 2010; Pictet, 1987; Pictet, 1994), por ejemplo, los grupos armados emplean medios digitales como la piratería informática y el debilitamiento de la ciberseguridad como herramienta militar. Como las fuerzas armadas gubernamentales intervienen en los conflictos armados locales, tal y como ocurre en Siria, los actores no estatales también trasladan su actividad beligerante al territorio de las fuerzas aliadas de su enemigo. Al mismo tiempo, ellos entrenan y emplean a los ciudadanos de las fuerzas aliadas de sus enemigos para cometer ataques violentos

en los territorios de aquellas fuerzas aliadas y/o emplean a estos ciudadanos como combatientes extranjeros en el lugar del conflicto. Esto implica que el vínculo entre el conflicto armado y la dirección por las fuerzas armadas puede ser trasladado con mayor frecuencia de lo que ocurría anteriormente y que un conflicto armado interno puede tener una conexión mundial.

Las dinámicas en la legislación de lucha contra el terrorismo. Tal y como se ha señalado anteriormente, las dinámicas no están limitadas al DIH y al Derecho penal internacional, también hay un número de razones referidas a las dinámicas propias de la lucha contra el terrorismo. En primer lugar, tanto en Derecho internacional público como en el sistema penal nacional la legislación de lucha contra el terrorismo ha aumentado de manera sustantiva. La narrativa de lucha antiterrorista ha cambiado completamente en referencia a las personas y organizaciones que simulan actuar en nombre del Islam y/o son de origen árabe y que aluden a su deber de luchar contra sus enemigos como parte de su yihad (el término yihad hace referencia al deber de los musulmanes de mantener y expandir el Islam como creencia; esto, por supuesto, se ha de distinguir de la conocida como Yihad violenta). Después de la Primavera Árabe, el crecimiento de los conflictos violentos en Irak, Afganistán, Siria y Yemen y, especialmente, el éxodo de árabes jóvenes y conversos a zonas de conflicto ha provocado que la comunidad internacional este cada vez más centrada en las políticas antiterroristas. Las amenazas creadas por los talibanes, el ISIS, el Frente Al Nusra y otros agentes han justificado una respuesta penal más amplia. Los ataques violentos en nombre de la Yihad indudablemente no solo se han llevado a cabo en territorios de conflicto como Siria, Irak, Yemen, Libia y Afganistán, sino que también a escala global e internacional. Organizaciones como el ISIS han convertido como su seña de identidad la internacionalización, globalización y digitalización de su guerra santa. Es más, ellos lo han unido con la creación de su propio territorio y de una estructura estatal (el califato del ISIS); los ataques terroristas en Francia, Bélgica, Alemania y Turquía son las formas más recientes y visibles de esta divulgación. Con el objetivo de combatir el terrorismo e investigar además de sancionar a los responsables, la comunidad internacional y los legisladores nacionales

han aumentado considerablemente sus actuaciones legislativas y operativas. A pesar de la falta de unanimidad en la comunidad internacional sobre el rol del Derecho penal en combatir el terrorismo, no hay lugar a dudas sobre la clara expansión del Derecho penal en todas y cada una de las 19 Convenciones Internacionales de NN.UU. y en las Resoluciones del Consejo de Seguridad. Todos estos textos legales no solamente obligan a la criminalización de conductas violentas y peligrosas sino que también, cada vez más, obligan a la criminalización de actos preparatorios y anticipatorios que suponen un peligro abstracto o concreto, como por ejemplo ciertos actos de enaltecimiento o financiación del terrorismo; la Convención Internacional para la supresión de la financiación del Terrorismo, de 1999, es un buen ejemplo.

En segundo lugar, dada la globalización y digitalización de la actividad terrorista y de la interacción entre las zonas de conflicto y el terrorismo, la legislación terrorista ha aumentado hasta recoger actuaciones que se cometen en los territorios donde ocurren conflictos armados. El resultado de este cambio legislativo es un cada vez mayor solapamiento entre tipos de legislaciones, lo cual significa que la misma conducta, como por ejemplo, la propagación del terror entre la población civil en los conflictos armados, puede subsumirse en diferentes ramas del ordenamiento internacional, como por ejemplo, el Derecho de guerra, en los principales crímenes internacionales (crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad) y en el delito de terrorismo. La Resolución 2178, que fue aprobada por unanimidad por el Consejo de Seguridad de NN.UU. en 2014, basada en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas es un buen ejemplo de esto último indicado, dado que se relaciona de manera explícita con el terror creado por los combatientes terroristas extranjeros (ECTC, 2 diciembre de 2016), principalmente, con aquellos que viajan a un Estado diferente al de su nacionalidad o residencia legal con la finalidad de cometer, planear, preparar actos terroristas o participar en los mismos o facilitar o recibir entrenamiento con la finalidad de cometer delitos de terrorismo en conexión con conflictos armados. El fenómeno de combatientes que viajan al extranjero para luchar junto con un grupo armado no estatal en el territorio de otro Estado es un perfecto ejemplo que ilustra el solapamiento entre la

legislación de lucha contra el terrorismo y la normas de conflicto armado/DIH. Si ellos participan en el conflicto armado tanto el DIH como la ley de lucha contra el terrorismo se pueden aplicar. Esta aplicación, sin embargo, no está exenta de dificultades dado que los principios básicos son diferentes como lo son las normas jurisdiccionales, los elementos principales de la conducta ilegal, las penas, las normas procedimentales y las excepcionales inmunidades. En un conflicto armado matar puede ser legal y los combatientes pueden ser protegidos bajo la inmunidad de no ser perseguidos ni ser responsables penalmente. Debido a este privilegio, el asesinato se convierte en una matanza legal bajo el *ius in bellum*. Lo que claramente es un acto terrorista en tiempos de paz puede ser legal en tiempos de Guerra o ser un crimen de guerra o una violación penal del DIH en tiempos de guerra. Para implementar la Resolución 2178 en Europa, la respuesta fue doble. Por un lado, en 2015 el Consejo de Europa adoptó el Protocolo Adicional de Riga de la Convención de Varsovia de 2005 (STCE n° 217, aunque el Protocolo este firmado por numerosos Estados todavía no ha entrado en vigor por la falta de suficientes ratificaciones) añadiendo nuevos delitos, especialmente los relacionados con los combatientes terroristas extranjeros y su entrenamiento pasivo, sus viajes a lugares de conflicto y la financiación y apoyo logístico para estos viajes.

La segunda iniciativa europea es incluso más reciente y proviene de la UE y es reflejo de la ola de crueles ataques en Francia y Bélgica. Se trata de la Directiva 2017/541 que sustituye a la Decisión Marco 2002 y su enmienda de 2008. En el considerando sexto de esta Propuesta de Directiva se hace referencia a que los delitos vinculados al terrorismo son extremadamente graves pues conducen a la comisión de delitos de terrorismo y permiten a los terroristas además de a los grupos terroristas continuar efectuando sus actividades criminales, lo que justifica la criminalización de tales conductas. El fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros se ha convertido en el tema central de regulación de la nueva intervención penal puesto que no solamente se trata de viajes con fines terroristas (incluyendo la finalidad de recibir entrenamiento) sino que también se recogen otros comportamientos como la financiación, organización y el asesoramiento para dicho viaje, incluyendo el apoyo

logístico y material, el alojamiento, medios de transporte, servicios, bienes y mercadería. Algunos Estados miembros incluso quieren superar estos límites y tipificar penalmente el mero hecho de viajar a lugares de conflicto.

En tercer lugar, las remisiones en el DIH y en la legislación de lucha contra el terrorismo son bastante limitadas y no abordan el creciente solapamiento y el desdibujamiento de las diferencias conceptuales. En realidad, la legislación contra el terrorismo toma la iniciativa e intenta superar las limitaciones impuestas por el DIH. El actual texto de la Directiva únicamente contiene, por ejemplo, una declaración en los considerandos que no es posteriormente desarrollada:

La presente Directiva no debe suponer la modificación de los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados miembros en virtud del Derecho internacional y, más concretamente, del Derecho internacional humanitario. La presente Directiva no rige las actividades de las fuerzas armadas en períodos de conflicto armado, en el sentido dado a estas expresiones por el Derecho internacional humanitario, que se rijan por dicho Derecho, y las actividades del Ejército de un Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales, cuando se rijan por otras normas de Derecho internacional.

Como resultado en la legislación nacional y en la práctica judicial existe un claro problema de solapamiento en la jurisdicción y en la ley aplicables, por lo que también existe un problema de seguridad y certeza jurídicas. El terrorismo hoy en día no solamente es un delito recogido en Convenios Internacionales (bajo Convenios de NN.UU. y regionales) sino que, además, se puede calificar bajo estrictas condiciones como crimen de Guerra (bajo las jurisdicciones penales nacionales e internacionales), lo cual significa que es cometido por fuerzas armadas en un conflicto armado, pero que también se comete como crimen contra la humanidad que no siempre se tiene por qué llevar a cabo en un conflicto armado. El terrorismo puede, por tanto, ser directamente punible bajo el Derecho Penal Internacional. El terrorismo también se puede considerar como delito bajo el Derecho Internacional consuetudinario, pero no hay acuerdo unánime en la *opinio juris* (Cassese, 2016, p. 945) sobre este punto.

Respecto al terrorismo en tiempos de Guerra el Derecho internacional público toma una postura clara. El artículo 33(1) de la Cuarta Convención de Ginebra de 1949 prohíbe todas las medidas terroristas dirigidas contra los civiles. Los dos Protocolos Adicionales también especifican la prohibición general de la comisión del delito de terrorismo (Artículo 51(2) del Protocolo I y Artículo 13(2) del Protocolo II). A pesar de estas prohibiciones, no es ofrecida una clara diferenciación entre el Derecho penal internacional y el terrorismo. Así, por ejemplo, la financiación de combatientes terroristas extranjeros puede ser enjuiciada como delito de terrorismo si está dirigida a financiar actos terroristas que se han llevado a cabo o que se han planeado en un país extranjero donde se está produciendo un conflicto armado, si estas actuaciones terroristas van dirigidas contra personas que no participan activamente en enfrentamientos armados. *A contrario sensu*, la financiación de grupos con la única finalidad de atacar a las fuerzas armadas enemigas en el país extranjero involucrado podría ser legal. Con este último ejemplo se puede deducir la complejidad a la que tiene que hacer frente cualquier jurisdicción nacional para decidir sobre el nexo entre la financiación y los concretos actos en un conflicto armado. Cada una de las jurisdicciones emplea sus propios criterios y la falta de un planteamiento homogéneo también pone en riesgo el fundamento del DIH y las inmunidades relacionadas, como la inmunidad del combatiente, lo cual es una medida disociatoria que excluye el enjuiciamiento penal de los crímenes de guerra o los delitos de terrorismo si se considera a los combatientes como fuerzas armadas en un conflicto armado tal y como vienen definidas en el Derecho Internacional Público. Para poder alegar estar al amparo de esta inmunidad que es equivalente a la de las fuerzas armadas, los actores no estatales deben tener una clara cadena de mando y una organización y estructura, ellos deben estar involucrados en una continua función de combatir y deben ser capaces de aplicar el *ius in bellum* y sancionar las infracciones. Asimismo, ellos deben participar en un conflicto armado de cierta hostilidad en el cual las partes están organizadas y estructuradas además de tener como objetivo la obtención del control militar sobre cierto territorio. Si los combatientes extranjeros pertenecen a grupos organizados y a unidades que están bajo un mando específico que es finalmente el responsable de la

conducta de sus subordinados y sus grupos participan en el conflicto armado en el campo de batalla, la cuestión que surge al respecto es si los combatientes extranjeros terroristas, como miembros de las fuerzas armadas que participan en un conflicto armado, pueden ampararse en su inmunidad como combatientes (Mallison & Mallison, 1978, p. 10) para evitar el enjuiciamiento penal por el delito de terrorismo y si no deben ser enjuiciados en caso de guerra ilegal o si ellos deben ser enjuiciados por crímenes de guerra en casos de guerra ilegal o violaciones del DIH (Werle, 2005; Cassese, 2003; Cassese & Gaeta, 2013).

El terror que se infringe a la población civil en un conflicto armado es un caso especial que muestra una excepción al hecho de que el terrorismo como tal no está definido y no constituye un delito bajo el Derecho de los tratados internacionales. Como los actos de terror quedan regulados por el DIH, la mayoría de convenios internacionales contra el terrorismo no se pueden supuestamente aplicar en tiempos de conflicto armado, aunque el planteamiento sea irregular y continúe siendo controvertido (Duffy, 2015, p. 43). El borrador del Convenio General sobre Terrorismo de NN.UU. (negociaciones comenzaron en el año 2000 y se paralizaron en 2015) únicamente excluye de su ámbito de aplicación aquellas actuaciones llevadas a cabo por las fuerzas armadas de un Estado durante el conflicto dejando, de ese modo, únicamente como sujetos perseguibles por terrorismo a aquellas partes no estatales cuyas actuaciones pueden respetar el DIH. *A sensu contrario*, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de NN.UU., que data de 1999, tipifica las actuaciones en conflictos armados como delitos de terrorismo y otorga la definición más nítida de terrorismo de NN.UU. para lograr dicha finalidad en el artículo 2(1):

1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:
 - a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado;

b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

Sin embargo, el Convenio no hace referencia a la inmunidad de los «luchadores por la libertad» o la inmunidad del combatiente y tampoco la formula en relación con el DI, por lo que resulta en una confusión mayor en cuanto al conflicto de las normas (Duffy, 2015, p. 44). Después del análisis de los motivos para el surgimiento de un creciente conflicto normativo y de la superposición entre el Derecho penal internacional y la legislación de lucha contra el terrorismo, es momento de observar la práctica judicial y de evaluar cómo afronta este problema y cuáles son las soluciones propuestas.

La jurisprudencia y una muestra de la cuestión en estudio

Los Tigres de Liberación del Eelam Tamil (LTTE). El grupo de Los Tigres de Liberación del Eelam Tamil (LTTE por sus siglas en inglés) se vio implicado en un «conflicto armado interno» en Sri Lanka dentro del marco del Derecho internacional. El objetivo del LTTE era la independencia parcial o total del grupo étnico de los tamiles; del mismo modo, el LTTE tenía su propia área y población sobre los cuales ejercía un control efectivo además de tener sus propias tropas y un sistema judicial y fiscal. De hecho, posee todos los atributos de un Estado independiente, sujeto al reconocimiento internacional pertinente. Este grupo desde territorio holandés, estaba involucrado en la financiación y el reclutamiento para llevar a cabo actividad armada en el conflicto ya señalado. Los dirigentes y colaboradores del LTTE fueron procesados en los Países Bajos por vulnerar tanto el derecho penal internacional (crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad tal y como venían tipificados en la Ley de Delitos Internacionales holandesa), por cargos de terrorismo bajo la Ley contra el Terrorismo holandesa, como por vulnerar la Ley de Sanciones holandesa (esta norma enumera el listado de organizaciones terroristas bajo el

Reglamento europeo 2580/2001). En particular, ellos fueron acusados de llamar a empuñar las armas y/o de participar en el servicio militar y/o el empleo de menores de edad, en concreto, menores de 15 años, para participar activamente en enfrentamientos durante el conflicto armado no internacional que se dio en el territorio de Sri Lanka. El tribunal en primera instancia declaró (ECLI:NL:RBSGR:2011:BT88290) que para aquellas conductas relativas a un conflicto armado no internacional no podría plantearse ninguna cuestión sobre la participación en una organización cuyo objetivo fuese cometer delitos de terrorismo. Perseguir a estos sujetos para establecer su responsabilidad penal podría conducir a negar sus derechos bajo las Convenciones de Ginebra y el Protocolo Segundo. Para aquellas actuaciones cometidas fuera de un conflicto armado, como por ejemplo, el reclutamiento de niños soldado, que es un crimen contra la humanidad, sin embargo, no existe ninguna incompatibilidad con el DIH, por lo que un enjuiciamiento penal es legal y viable.

El LTTE también pretendió derogar el Reglamento europeo que constituyó el origen de dichas medidas. En su sentencia de 16 de octubre de 2014 (*Liberation Tigers of Tamil Eelam vs. Consejo de la Unión Europea*) el Tribunal General de la Unión Europea tuvo que evaluar la compatibilidad de la inclusión en listas negras como organización terrorista en la UE del LTTE bajo el Reglamento 2580/2001 en referencia al DIH. La defensa del LTTE argumentó que el Reglamento no es aplicable a situaciones de conflicto armado pues dichos conflictos, por tanto los actos cometidos durante los mismos, solo pueden estar regulados por el DIH. Para el LTTE, el figurar en una lista de organizaciones terroristas y el correspondiente embargo de sus cuentas constituyó una interferencia por una tercera parte en un conflicto armado, lo cual es contrario al principio de no interferencia bajo el DIH. En un sentido contrario a lo afirmado por el LTTE, la aplicabilidad del DIH en una situación de conflicto armado y en referencia a actos cometidos en dicho contexto no supone que la legislación contra el terrorismo no se aplique en dichos casos. Esto es cierto tanto en las disposiciones de Derecho Europeo aplicadas en este caso, en concreto la Posición Común 2001/931 y el Reglamento 2580/2001, como en la legislación internacional invocada por el LTTE. El tribunal su-

brayó que el Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra expresamente recoge, en su artículo 33, que todas las acciones de terrorismo quedan prohibidas. De modo similar, los Protocolos Adicionales I y II al Convenio de Ginebra, que buscan asegurar una mayor protección a este tipo de víctimas civiles, señalan que los actos de terrorismo quedan prohibidos en todo momento y en cualquier lugar (Artículo 4(2) del Protocolo Adicional II) y que aquellos actos o amenazas de violencia cuyo objetivo principal sea propagar el terror entre la población civil también quedan prohibidos (Artículo 51(2) del Protocolo Adicional I y Artículo 13(2) del Protocolo Adicional II). Según el parecer del tribunal, de acuerdo a las consideraciones precedentes, la comisión de actos terroristas por los participantes en un conflicto armado queda expresamente recogida y sancionada por el DIH. Es más, la existencia de un conflicto armado en el marco del DIH no parece excluir, en caso de que se cometa un atentado terrorista bajo el pretexto de dicho conflicto, la aplicación de las disposiciones de dicho Derecho humanitario por las violaciones del Derecho de guerra ni la aplicación de las disposiciones del Derecho internacional referidas al terrorismo. Por último, el Tribunal hace referencia *expressis verbis* al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo que expresamente regula la comisión de atentados terroristas en la situación de conflicto armado en el marco del Derecho Internacional. Al respecto, el artículo 2(1)(b) considera delito «cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo». Este convenio internacional confirma el hecho de que, incluso en un conflicto armado en el marco del DIH, pueden cometerse ataques terroristas que deben dar lugar a responsabilidad penal por delitos de terrorismo y no solamente como crímenes de guerra. Aquellos ataques incluyen todo aquel atentado dirigido a causar la muerte o lesiones corporales graves.

El tribunal de apelaciones (ECLI:NL:GHDHA:2015:1082) en los procesos holandeses argumentó motivos similares a los del Tribunal de Justicia de la UE y también, refiriéndose al arbitraje de la decisión Galić del órgano de apelación del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (véase el análisis contenido en el apartado cuarto), revocó la sentencia de primera instancia. El tribunal de apelaciones consideró que esta finalidad terrorista era ilegal en el conflicto armado que se analizaba porque no existía una conexión directa con operaciones militares y también debido a que las acciones no se dirigían a otros combatientes. Igualmente, los atentados terroristas que se dirigían contra la población civil eran contrarios al DIH, por tanto, eran sancionables bajo el derecho nacional.

El caso Sharia4Belgium. En Bélgica, 45 personas sospechosas fueron enjuiciadas por participar en o dirigir una organización terrorista, por enaltecimiento del terrorismo o por amenazar con la comisión de actos terroristas. La mayoría de estos sujetos también se desplazaron hasta Siria para unirse a Jabhat Al-Nusra y a Majlis Shura Al-Mujahidin. En la primera instancia del procedimiento penal celebrado en Amberes en febrero del 2015, los acusados alegaron que no podían ser enjuiciados y condenados por delitos de terrorismo porque el artículo 141 bis del Código Penal belga explícitamente excluye estas acciones de su ámbito de aplicación. El artículo 141bis indica que los delitos de terrorismo no se aplican a las actuaciones llevadas a cabo por las fuerzas armadas durante un conflicto armado tal y como viene definido y regulado en el DIH y tampoco se aplican a las actuaciones realizadas por las fuerzas armadas de un Estado en el cumplimiento de sus obligaciones oficiales en la medida en que están reguladas por otras disposiciones del DIH (Venet, 2010, pp. 169-172). El texto oficial en francés exactamente señala:

Le présent titre ne s'applique pas aux activités des forces armées en période de conflit armé, STLs que définis et régis par le droit international humanitaire, ni aux activités menées par les forces armées d'un Etat dans l'exercice de leurs fonctions officielles, pour autant qu'elles soient régies par d'autres règles de droit international.

A la vista de lo indicado, se puede plantear si los acusados que se habían unido a asociaciones como Jabhat Al-Nusra y Majlis Shura Al-Mujahidin en Siria debían ser considerados como miembros de las fuerzas armadas bajo el DIH. Las respuestas deben fundamentarse en el DIH aplicable, especialmente los cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos de 1949 y 1977, tomando en consideración que el Primer Protocolo únicamente es aplicable a los conflictos armados internacionales y que el Segundo Protocolo únicamente rige a los conflictos armados internos. Sin embargo, Siria no es un Estado parte del Segundo Protocolo.

Algunos de los sospechosos alegaron que su actuación en Bélgica estaba estrechamente ligada con su actuación en Siria y que ella formaba parte de un conflicto armado interno en el sentido en que se entiende en el DIH. Todas estas razones debían impedir la aplicación del artículo 141 bis del Código Penal belga. Es más, ellos continuaron aduciendo que con motivo de la imposible aplicación del Segundo Protocolo, determinada conducta podía ser considerada como crimen de guerra para el cual el tribunal penal de Bélgica no era competente. El tribunal destacó que las partes aceptaron la existencia de un conflicto armado interno en Siria y siguió argumentando que, en cambio, grupos como Jabhat Al Nusra y Majlis Shura Al Mujahadin son movimientos externos de Al-Queda que se han activado en Siria y están compuestos por combatientes extranjeros y no por internos. El Tribunal prosiguió señalando que en Bélgica no existe ningún conflicto armado interno. De acuerdo al artículo 3, que es común a todos los Convenios de Ginebra de 1949, también se puede aplicar el concepto de conflicto interno a aquellas situaciones en las que dos o más grupos contendientes luchan entre ellos. Para que un conflicto se califique como «conflicto armado» es necesaria la aplicación de determinados criterios, por ejemplo, que exista una estructura de control y organización, considerar la intensidad del conflicto y también la duración del mismo. Los grupos beligerantes deben actuar como milicias privadas bajo control militar de modo que tengan la capacidad y estén preparadas para aplicar el DIH. Además, estas milicias deben ser reconocidas como tal por la disponibilidad de su armamento y por sus símbolos además de tener que respetar la ley de la guerra.

El tribunal, en primer lugar, cuestionó que los combatientes relacionados con *Jahbat Al-Nusra* y *Majlis Shura Al Mujahadin* pudieran ser considerados sujetos beligerantes en el sentido del DIH. Finalmente, estableció que los sospechosos en el caso de terrorismo que fueron enjuiciados de acuerdo al artículo 141bis del Código Penal belga no podían invocar la exclusión de este artículo por encontrarse en situación de sujetos beligerantes bajo el DIH porque ellos no pertenecían a grupos que tuviesen una estructura de organización y control evidente. En segundo lugar, el tribunal señaló que los grupos *Jahbat Al-Nusra* y *Majlis Shura Al Mujahadin* además de los miembros que los componían no podían ni tenían la intención de cumplir el DIH, por lo que, no podían alegar estar bajo su aplicación.

En la apelación, los abogados que se encargaban de la defensa legal de F. Belkacem y M. El Youssef de nuevo fundamentaron sus alegaciones en la cláusula de exclusión del artículo 141 bis. El tribunal rechazó el motivo en virtud del cual las actuaciones llevadas a cabo por los miembros de *Sharia-4Belgium* en Bélgica entraban dentro del ámbito de aplicación del DIH porque Bélgica es un país en el que no hay conflicto armado. Para las actuaciones que se llevaron a cabo en Siria, el tribunal evaluó el concepto de conflicto armado bajo el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949 así como la interpretación relevante llevada a cabo sobre el mismo. Para ello, el tribunal se refirió a los casos *Tadi* y *Haradinaj* del Tribunal Penal Internacional de la Antigua Yugoslavia y al artículo 8(2) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, además de considerar la duración e intensidad del conflicto junto con la estructura de control de los sujetos beligerantes. Una estructura de mando se entiende como una cadena de mando, la existencia de procedimientos disciplinarios, oficinas centrales, control central sobre el territorio y sobre las armas y materiales, así como, la capacidad de comunicarse como una organización. El tribunal tampoco estaba convencido de que grupos como *Majlis Shura Al Mujahidin* y *Jahbat Al-Nusra* pudieran ser calificados como beligerantes/grupos militares organizados durante un conflicto armado con el significado que se recoge en el DIH. El tribunal después de realizar un análisis detallado de los hechos concluyó que esos grupos carecían de una estructura

organizativa suficiente. En su argumentación reconocían que los grupos no tenían una estructura reconocible; además, los grupos tampoco eran capaces de controlar su territorio o de elaborar y ejecutar una estrategia militar. De hecho, de acuerdo a lo señalado por el tribunal, sus principales actividades fueron el saqueo, el bandolerismo, los secuestros y los fusilamientos. La mayoría de estas actividades fueron llevadas a cabo por grupos locales sin mando. Finalmente, los grupos también carecían de una estructura de mando por la cual pudieran imponer y hacer cumplir, mediante procedimientos disciplinarios, el DIH. En todo el área tenían una red clandestina basada en numerosas células que estaban activas en diferentes regiones con un nivel de organización limitado, pero con el objetivo común de combatir mediante actuaciones violentas contra los ateos, la democracia, los derechos humanos y el DIH.

Hay que poner de relieve que el tribunal establece una clara distinción entre lo que se entiende por un grupo organizado de acuerdo al DIH y lo que se entiende bajo la legislación de lucha contra el terrorismo nacional. El hecho de que no se los considere como fuerzas armadas organizadas bajo el DIH no implica que no puedan ser calificados como grupos terroristas en aplicación de la legislación antiterrorista nacional debido a que los criterios son completamente diferentes.

Por último, el Tribunal Supremo de Bélgica (Cour de Cassation) tuvo que abordar este caso. El Tribunal en su sentencia no concordaba con el análisis conceptual realizado por el tribunal de primera instancia y con el tribunal de apelación. El Tribunal Supremo considero que el que estos grupos vulnerasen el DIH no suponía que este derecho no les fuese aplicado y que, por tanto, no existiese ninguna cuestión de conflicto armado interno. Los miembros no mostraban abiertamente estar en posesión de armas o no vestían un uniforme que los identificase como cuerpo militar reconocible y también no quedaba determinado si podían ser considerados como cuerpo militar bajo el DIH. En tercer lugar, el Tribunal Supremo también hizo referencia a la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso Tadić, insistiendo en que al menos una de las partes en un conflicto armado no internacional tiene que pertenecer a un grupo armado organizado

y que el nivel de organización no está vinculado a criterios estrictos, sino que a un número de criterios indicativos. El Tribunal Supremo, considerando los trabajos preparatorios de las Convenciones de Ginebra, la jurisprudencia de los tribunales internacionales y la doctrina jurídica, señaló que la resolución formal ignoró una evaluación flexible del nivel de organización basado en un criterio no exhaustivo. Pese a lo indicado, el Tribunal Supremo llegó a la misma conclusión que el tribunal de primera instancia y el de apelación: la conducta realizada en este caso en Bélgica no se consideró como conflicto armado y respecto del comportamiento que llevaron a cabo los sujetos beligerantes en Siria, a ellos tampoco se les consideró como un grupo armado organizado.

Así las cosas, a partir del análisis realizado por los tribunales de Bélgica queda claro que la legislación nacional contra el terrorismo puede aplicarse tanto en conflictos armados internacionales como internos. En consecuencia, los tribunales de Bélgica continuaron con la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Apelación de Bruselas en el caso llamado «*filières irakiennes*» (Bruselas, 26 de junio). Sorprendente, sin embargo, es el alcance que el tribunal y el tribunal de apelación le dan a los objetivos de los sujetos beligerantes. El hecho de que estén luchando contra la democracia y el Estado de Derecho además de querer establecer una teocracia o califato no los excluye de la aplicación del DIH.

R. v. Mohammed Gul (Reino Unido). M. Gul subió vídeos a internet que incluían escenas que mostraban ataques realizados por insurgentes sobre los soldados de las fuerzas de coalición que se encontraban en Irak y Afganistán. Los videos estaban acompañados de *nasheeds*, elogiando la valentía de aquellos que cometían los ataques y su martirio además de fomentar tales ataques. A M. Gul se le imputaron seis cargos por difundir publicaciones sobre terrorismo contrarias a la sección segunda de la Ley contra el Terrorismo de 2006. En este caso, el jurado planteó una serie de cuestiones sobre la relación entre la inmunidad del combatiente bajo el DIH y la legislación de lucha contra el terrorismo nacional. Estas cuestiones fueron resueltas por el juez ante el

Tribunal de Crown y esto condujo a este recurso fundamentado en el modo en que el juez había dirigido al jurado respecto a la definición de Terrorismo. Las alegaciones del recurrente M. Gul podrían ser resumidas de la siguiente manera: La inmunidad del combatiente se extendía a la inmunidad de aquellas personas que participaban en actos en contra del ejército en un conflicto armado. El efecto de esta afirmación fue que los sujetos que poseyeran dicho estatus eran inmunes a la aplicación de derecho penal nacional siempre y cuando no cometiesen crímenes ajenos al conflicto armado y crímenes de guerra. Decidir si existía tal situación de conflicto armado dando lugar a la inmunidad del combatiente era una cuestión relevante para el jurado. El juez actuó dando lugar al equívoco del jurado respecto de la cuestión que era relevante, haciendo entender al jurado que la Ley de lucha contra el terrorismo del 2000 no definía como ataque terrorista aquellos ataques sobre las fuerzas armadas durante un conflicto armado no internacional.

La sección penal del tribunal de apelación de Inglaterra y Gales (EWCA, 22 de febrero de 2012) destacó, en primer lugar, que la inmunidad en cuanto al enjuiciamiento por ser combatiente no es alegable en los conflictos armados que no son internacionales. En segundo lugar, el tribunal consideró que sí existe una interpretación homogénea en cuanto a que el hecho de encontrarse en tiempos de paz excluye el concepto de conflicto armado, por lo que no se plantea ningún conflicto el aplicar el crimen internacional de Terrorismo. El tribunal se refirió a la sentencia de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano: Sentencia Interlocutoria sobre el Derecho Aplicable: Terrorismo, Homicidios, Conspiración, Perpetración, Cargos Cumulativos de 16 febrero de 2011 llevada a cabo por el juez Cassese. En el parágrafo 107 de la sentencias, el juez Cassese mostraba el parecer de la Sala de Apelaciones, de la siguiente manera:

Mientras el Derecho consuetudinario del delito internacional de terrorismo que ha evolucionado tanto solamente se extiende a actuaciones terroristas en *tiempos de paz*, puede estar surgiendo una norma más amplia que declare ilegal los actos terroristas *mientras se produce un conflicto armado*. Como el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Especial para Sierra Leona ya han declarado los actos de terrorismo pueden constituir crímenes de guerra, pero los Estados mantie-

nen discrepancias sobre si un delito tan inconfundible como el de terrorismo debe ser aplicado mientras se produce un conflicto armado.

Incluso si la sección penal estuviese convencida de que no hay, hasta el momento, tal desarrollo en el Derecho internacional con la finalidad de declarar con suficiente certeza que un crimen internacional de terrorismo puede ser aplicado durante un conflicto armado, acaba concluyendo que:

una inmensa mayoría de Estados actualmente consideran que los actos de terrorismo pueden ser sancionados incluso mientras se produce un conflicto armado en la medida en que tales actos tengan como objetivo a la población civil que no ha participado de forma activa en las hostilidades armadas; estos actos, además, también podrían ser calificados como crímenes de guerra (mientras que los mismos actos, si están dirigidos contra combatientes o la población civil que participa en hostilidades no pueden ser calificados como actos terroristas o crímenes de guerra a menos que cumplan los requisitos exigidos para que los hechos se puedan subsumir en el tipo del crimen de guerra).

La Sección Penal también concluyó que, aunque el Derecho internacional pudiese desarrollar a través de la *opinio juris* (Cassese, 2006, pp. 933-958) una norma restringiendo el alcance del delito de terrorismo —de modo que pudiera excluir de la definición de terrorismo a algunos sujetos insurgentes que atacasen a las fuerzas armadas del Gobierno—, la necesaria generalización y el estado general de la práctica o la necesaria *opinio juris* para lograrlo no ha sido todavía establecida. Por consiguiente, de acuerdo a la Sección Penal no existe nada en el Derecho internacional que obligue o disuada a las personas para entender los términos de la Ley de Terrorismo del año 2000 de tal modo que exima a los sospechosos de la definición que se encuentra en ella.

Los combatientes (terroristas) extranjeros

Las NN.UU. han intentado solventar el fenómeno del terrorismo de una manera comprensiva e integrada. Como consecuencia de esta actuación se elaboró la Estrategia Global de Lucha contra el Terrorismo y el Plan de Acción

de 2006 de NN.UU. Después de la primavera árabe del crecimiento de los conflictos violentos en Irak, Afganistán, Siria y Yemen y, principalmente, del éxodo de los jóvenes árabes y conversos a las zonas de conflicto, especialmente a Irak y Siria, la comunidad internacional ha aumentado su implicación en la lucha contra el terrorismo. La amenaza y los recientes ataques terroristas violentos que han efectuado los talibanes, el ISIS, el Frente Al Nusra, entre otros, fuera de las zonas de conflicto han justificado una mayor responsabilidad penal. El Consejo de Seguridad de NN.UU. aprobó por unanimidad, en base al Capítulo VII de la Carta de Seguridad, las Resoluciones 2170 y 2178 en 2014. La última Resolución, desde su preámbulo en el párrafo 8, se centra en la amenaza que suponen los combatientes terroristas extranjeros y los define como personas que viajan a un estado diferente a su estado nacional o de residencia con el objetivo de cometer, planear o preparar o participar en ataques terroristas, o para recibir entrenamiento para cometer actos terroristas con inclusión de los supuestos que estén en relación con conflictos armados. La Resolución 2178, que es vinculante para todos los Estados pertenecientes a las NN.UU., establece el nuevo significado de la expresión «combatientes terroristas extranjeros» de la siguiente manera:

5. Decide que los Estados Miembros deberán, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario, prevenir y reprimir el reclutamiento, la organización, el transporte o el equipamiento de las personas que viajan a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad para cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o para proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo, y la financiación de sus viajes y actividades;

6. Recuerda su decisión contenida en la resolución 1373 (2001) de que todos los Estados Miembros velen por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos, y decide que todos los Estados se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se pueda enjuiciar y sancionar de modo que quede debidamente reflejada la gravedad del delito:

a) A sus nacionales que viajen o intenten viajar a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad, y demás personas que viajen o intenten viajar desde sus territorios a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad, con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo; b) La provisión o recau-

dación intencionales de fondos, por cualquier medio, directa o indirectamente, por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para financiar los viajes de personas a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo; y, c) La organización u otro tipo de facilitación deliberadas, incluidos actos de reclutamiento, por sus nacionales o en sus territorios, de los viajes de personas a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo.

Como se puede observar la Resolución impone obligaciones de gran alcance para lograr la criminalización de la conducta de los combatientes terroristas extranjeros (CTE) en las legislaciones nacionales, pero sin poder resolver la interdicción y la superposición con las normas de derechos humanos y el DIH (De Guttry, 2016; De Guttry, Capone, & Paulussen, 2016, pp. 259-281). Como los combatientes extranjeros son identificados como CTE, incluyendo aquellos casos de conflicto armado, las actuaciones regidas por el DIH pueden considerarse como terroristas, incluso cuando estos actos no son ilegales de acuerdo al DIH. Así el mero hecho de que una persona se una a un grupo terrorista involucrado en diferentes conflictos armados o que le facilite material o soporte financiero, conduce, según lo indicado por la Resolución, a la tipificación en el Código Penal del país correspondiente. Sin embargo, la Resolución no impone obligaciones relacionadas con los crímenes que recoge el Estatuto de Roma. *A sensu contrario*, está claro que infringir las disposiciones del Convenio de la Haya y de los Convenios de Ginebra (*ius ad bellum-ius in bellum*) puede conducir a que las conductas se califiquen como crímenes internacionales. En todas aquellas guerras en las que se llevan a cabo ataques directos e intencionados contra la población civil o contra los edificios dedicados al culto de cualquier religión o educativos o relacionados con la salud de las personas además de ataques que empleen de manera sistemática la esclavitud, agresiones y abusos sexuales, todos estos ataques pueden ser tipificados como crímenes de guerra bajo las Convenciones de la Haya. Los homicidios dolosos, la tortura y el trato inhumano, la toma de rehenes y la

gran destrucción o la apropiación de la propiedad pueden ser tipificadas como crímenes de guerra bajo la Convención de Ginebra. Muchas de estas conductas también se pueden subsumir en los supuestos de los crímenes de Guerra que se recogen en el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, pero recordando que la voluntad y el conocimiento para realizar dichas actuaciones son elementos fundamentales de dichos crímenes. Algunas de las conductas, como los homicidios, el exterminio, la deportación o la tortura también pueden ser tipificadas como crímenes contra la humanidad bajo el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional si se cometen mediante ataques sistemáticos contra la población civil. Los CTE como actores no estatales pueden cometer estos delitos si ellos tienen la intención y el conocimiento sobre estos ataques. Por último, algunas acciones por los CTE podrían incluso tipificarse como crimen de genocidio según lo indicado en el artículo 6 del Estatuto de Roma siempre que exista un específico plan y una intención directa (*dolus directus*) de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. En el caso de Siria, podrían citarse como minorías a los alawitas, cristianos, kurdos y yazidies. Sin embargo, la imprudencia y el *dolus eventualis* no son suficientes en este caso.

Se puede hacer referencia a una categoría específica como es «la propagación del terror contra la población civil» pues esta forma parte de las múltiples conductas que se entienden como una actuación con «finalidad terrorista». En todo caso, es evidente que ningún tribunal internacional tiene una competencia explícita y directa sobre cualquier actuación terrorista o sobre los actos de propagación del terror sobre la población civil durante un conflicto armado. En cambio, estas actuaciones pueden tipificarse como crímenes de guerra (y puede que también como crímenes contra la humanidad) y violaciones del artículo 3 común a todos los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II. En el artículo 4º del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda y en el artículo 3º del Estatuto del Tribunal para Sierra Leona, estas actuaciones se tipifican como actuaciones que violan el Protocolo Adicional II del Convenio de Ginebra. En los Estatutos de otros tribunales penales internacionales

estas actuaciones se han introducido a través de los Convenios de Ginebra y/o mediante el Derecho internacional consuetudinario.

Muchos CTE están implicados en estas prácticas ilegales. Ellos no participan de forma directa en las hostilidades, pero propagan el terror a través de decapitaciones, agresiones sexuales, explotación sexual, trata de mujeres y la destrucción dolosa del patrimonio cultural e histórico. Múltiples cuestiones se han planteado ante la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y sus normas de interpretación han servido de guía respecto a la ley aplicable, los elementos del delito y la jurisdicción. En la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso *Galić*, el mismo argumentó, de acuerdo a su séptimo motivo, que la Sala de Primera Instancia violó el principio penal de *nullum crimen sine lege* cuando le condenó a él bajo el motivo primero. En el presente caso, él fue imputado y condenado por cometer el delito de amenazas o ejercicio de la violencia cuyo principal objetivo fue propagar el terror entre la población civil, de acuerdo a la interpretación del artículo 3 del Estatuto sobre la base del artículo 51(2) del Protocolo Adicional I y el artículo 13(2) del Protocolo Adicional II, los cuales señalan: «No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil».

Él también alegó que el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia no tenía jurisdicción sobre el crimen de actuaciones o amenazas de ejercer la violencia cuyo principal objetivo es propagar el terror entre la población civil porque «no existía un crimen internacional de terror». Sostuvo que la Sala de Primera Instancia erró al considerar que el Derecho contenido en los Tratados era suficiente para declarar la jurisdicción del Tribunal, el cual únicamente tiene la jurisdicción sobre los crímenes cometidos al albur del Derecho internacional consuetudinario. La acusación, en primer lugar, presentó varios cargos. De acuerdo al primero alegó que el General Galić, como comandante del Cuerpo Romanija de Sarajevo (SRK por sus siglas en serbio), «organizó una campaña prolongada en el tiempo de bombardeos y ataques sobre zonas civiles y la población civil de Sarajevo, infringiendo una

sensación de terror y sufrimiento psicológico sobre la población». A la vista de la acusación el crimen de terror supone una violación dolosa de las leyes y la costumbre del derecho que se aplica en las guerras. De este modo, se entiende que hay intención de propagar el terror cuando se comete por los combatientes durante un conflicto armado. La acusación mantuvo el argumento de que la prohibición de aterrorizar a la población civil pertenece a una norma de Derecho Internacional consuetudinario que se puede aplicar en todos los conflictos armados. La acusación señaló que los siguientes elementos integran el crimen de terror: 1. Las actuaciones o amenazas ilegales de violencia; 2. Cuyo objetivo es propagar el terror entre la población civil; y, 3. Las actuaciones o amenazas de violencia que se llevan a cabo con el objetivo principal de lograr propagar el terror entre la población civil.

Es más, según los alegatos de la acusación, debía existir un nexo entre los actos o amenazas de violencia y el conflicto armado máxime si el acusado tenía que asumir la responsabilidad por los actos o amenazas bajo el artículo 7º del Estatuto. El requerimiento de «una especial intención» (tercer elemento), considerando lo señalado por la acusación, es el factor distintivo del crimen de terror. La acusación entendió como «objetivo primario» «el tener como objetivo predominante de los actos o amenazas de violencia el querer someter a la población civil» a una situación de terror. No es necesario probar, entonces, que la amplia campaña llevada a cabo sobre el teatro de Sarajevo tuvo como único objetivo propagar el terror sobre la población civil. Donde la especial intención o *mens rea*, no puede ser directamente probada debe inferirse de la naturaleza, modo, tiempo, frecuencia y duración del ataque y el bombardeo sobre los civiles.

Para la mayoría de jueces de la Sala de Apelaciones del Tribunal la cuestión central era resolver cuándo una vulneración grave de la prohibición de aterrorizar a la población civil suponía, bajo el Derecho internacional consuetudinario o el de los tratados, la responsabilidad penal individual de la persona física que vulneraba la norma jurídica. El tribunal analizó primero la naturaleza legal de la prohibición de aterrorizar a la población civil en el Derecho internacional consuetudinario. La Sala de Apelaciones afirmó que la decisión

del tribunal de primera instancia sobre la prohibición de generar terror, tal y como se contenía en la segunda frase tanto del artículo 51.2 del Protocolo Adicional I como del artículo 13.2 del Protocolo Adicional II, supone «una específica prohibición que se encuentra inmersa en la prohibición general, fundamentada en Derecho Internacional Consuetudinario, de atacar a civiles» que constituye en su totalidad una afirmación del Derecho internacional consuetudinario existente en el momento de su adopción.

En segundo lugar, con la finalidad de unir la prohibición con la criminalización y la responsabilidad penal, el tribunal reiteró que las condiciones que debían cumplirse para subsumir el hecho en el artículo 3º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, eran las cuatro llamadas condiciones *Tadić*: (i) la vulneración debía serlo respecto de una norma del Derecho Internacional Humanitario; (ii) la norma debía ser consuetudinaria en origen o si pertenecía a algún Convenio Internacional, los requisitos que se exigiesen por dicho Convenio debían ser cumplidos; (iii) la vulneración debía ser grave, es decir, debía suponer el incumplimiento de una norma que protegía valores relevantes y dicha vulneración debía traer aparejadas graves consecuencias para la víctima; y, (iv) la vulneración de la norma debía suponer, bajo el Derecho Internacional Consuetudinario o según las normas de un Convenio Internacional, la responsabilidad penal individual de la persona que vulneró la norma.

Repárese, en fin, en que para que una infracción se convierta en una vulneración del DIH, el tribunal necesitaba acreditar que cada uno de los actos alegados estaba estrechamente unido a las hostilidades. Para cumplir las cuatro condiciones *Tadić*, entre ellas la naturaleza de Derecho internacional consuetudinario de la prohibición de ejercer terror contra la población civil en situación de conflicto armado, la Sala de Apelaciones hizo referencia a la práctica estatal; obsérvese:

«Numerosos Estados criminalizan dentro de sus respectivas jurisdicciones la vulneración del Derecho Internacional Humanitario comprendiendo los delitos que tipifican las actuaciones o amenazas de violencia cuyo principal objetivo es propagar el terror entre la población civil»¹⁶ y «esos *numerosos* Estados han incorporado disposiciones

legales para criminalizar el método de guerra que consiste en ejercer terror sobre la población civil con el empleo de palabras similares a las utilizadas en los Protocolos Adicionales».

El tribunal de apelación también hizo referencia a argumentos históricos basados en el Informe 1919 de la Comisión de Responsabilidades y el Informe 1948 elaborado por la Comisión de Crímenes de Guerra de NN.UU., en ellos se señala que el terrorismo sistemático era un crimen de guerra.

Como no se cumplían los cuatro requisitos del caso *Tadić*, la mayoría de miembros del Tribunal indicó que las vulneraciones graves del segundo párrafo del artículo 51.2 y, específicamente, las alegadas en el caso, en referencia a las lesiones y muertes ocasionadas, daban lugar a la responsabilidad penal individual en 1992. Esta misma mayoría de miembros del tribunal no indicó nada respecto a si el tribunal también tenía jurisdicción sobre el enjuiciamiento de otras formas de vulnerar la norma, tales como aquellas conductas que únicamente consistían en amenazas de ejercer la violencia o aquellas que comprendían actuaciones violentas que no causasen lesiones o la muerte. En conclusión, el crimen de terror contra la población civil tal y como se reflejó en el escrito de acusación recogía elementos comunes a las vulneraciones que contiene el artículo 3º del Estatuto, además de los siguientes elementos específicos:

1. Actuaciones violentas dirigidas contra la población civil o contra algunos sujetos de la población civil que no tomaban partido en las hostilidades y que ocasionaban la muerte o graves lesiones físicas o psíquicas en la población civil;
2. El infractor de forma intencionada tenía como objetivo de dicha violencia a la población civil o a varios de los sujetos pertenecientes a la misma y que no participaban directamente en las hostilidades; y,
3. La infracción indicada se cometía con el principal objetivo de propagar el terror entre la población civil.

Con respecto a los «actos de violencia», estos no incluyen ataques legítimos contra los combatientes, sino que solo ataques ilegales contra la población civil. La mayoría de los miembros del tribunal consideró que los «actos de violencia» incluyen una infracción que supone el ejercicio de violencia intencionada que está directamente dirigida contra la población civil o miem-

bros individuales de la misma, causando muerte o lesiones físicas graves con el objetivo primordial de propagar el terror entre la población civil —a saber, el crimen de terror como vulneración de las normas o costumbres de la guerra— y que esto formaba parte de la norma a la que el acusado y sus subordinados estaban sujetos durante el período de la acusación. Los acusados sabían o debieron haber sabido que esto era así tal y como lo indicaba el artículo 142 del Código Penal de 1964 de Yugoslavia, que criminalizaba dicha conducta:

Cualquiera que, vulnerando las normas del Derecho Internacional durante una Guerra, un conflicto armado o una ocupación, ordenara ejecutar medidas contra la población civil dirigidas a generar miedo y terror o cualquiera que cometa uno de estos actos, debe ser sancionado con una pena de prisión no inferior a 5 años o con pena de muerte.

El terrorismo como crimen comprendido en el DIH se hizo efectivo en este caso por el derecho contenido en los convenios internacionales; y el tribunal, por tanto, tuvo jurisdicción, *ratione materiae* por medio del artículo 3° del Estatuto para enjuiciar esta actuación terrorista como crimen de guerra. Es más, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia concluyó que el ejercicio de terror contra la población civil —como violación del DIH— consagrado en el artículo 51.2 del Protocolo Adicional I y en el artículo 13.2 del Protocolo Adicional II pertenecían, sin lugar a dudas, al Derecho internacional consuetudinario como mínimo desde su inclusión en dichos tratados y que tenía jurisdicción *ratione materiae* para conocer por medio del artículo 3° del Estatuto por lo que, además, podía atribuir responsabilidad penal individual en contra de esas personas por propagar el terror en contra de la población civil.

El juez Schomburg emitió un voto particular fundamentado en múltiples razones. En primer lugar, reflejó sus dudas respecto a si hubo práctica de los Estados durante el tiempo que fuera relevante para la acusación de Galić respecto de los actos cometidos entre 1992 y 1994. Además, también planteó sus dudas sobre los argumentos históricos. El juez Schomburg aceptó que la Comisión de los Crímenes de Guerra mencionó la expresión «terrorismo sistemático» en su lista recomendada de los crímenes de guerra que se podían haber cometido. Sin embargo, desde su punto de vista no se dió por cierto

lo que la Comisión denominaba como «terrorismo sistemático» y también se cuestionaba si su idea del concepto correspondía al artículo 51.2 del Protocolo Adicional I y al artículo 13.2 del Protocolo Adicional II. Es más, la sentencia claramente establecía que los escasos juicios en Leipzig no profundizaron en el concepto de «terrorismo sistemático». El juez también resaltó que no se había tipificado como delito el aterrorizar a la población civil ni en la Carta de Nuremberg ni en la de Tokyo. Además, destacó que el Estatuto de Roma no contiene ninguna disposición sobre aterrorizar a la población civil. Si este crimen se hubiera considerado sin ningún tipo de duda como integrante del Derecho internacional consuetudinario en 1998, los Estados lo habrían incluido sin atisbo de dudas en las disposiciones relevantes del Estatuto o en la legislación nacional que transponía dicho Estatuto.

Finalmente, es de interés destacar la Sentencia Interlocutoria de la ley aplicable (terrorismo, homicidio, comisión, acusaciones acumuladas) adoptada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano (STL por sus siglas en inglés) de 16 de febrero de 2011, sin olvidar que también la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona tuvo que establecer cuál era la ley aplicable en relación con la propagación de terror sobre la población civil (Prosecutor v. Brima, Tamba et al. 2007; Prosecutor v. Charles, 2013). El juez de instrucción del STL planteó múltiples cuestiones a la Sala de Apelaciones, entre las cuales se deben destacar tres que se referían al delito de terrorismo: (1) ¿Debía el tribunal tomar en consideración las concepciones internacionales existentes sobre terrorismo incluso aunque el artículo 2 del Estatuto solo hiciera referencia al Código Penal libanés (LCC por sus siglas en inglés)? (2) De ser afirmativa la respuesta, ¿Existe una definición internacional de terrorismo y cómo debería aplicarse? (3) De ser negativa la respuesta, ¿Cómo es la definición libanesa de terrorismo que debe interpretar el tribunal?

La Sala de Apelaciones tomó como primer fundamento de su razonamiento que el STL aplicó la ley del Líbano, pero que ella debía ser interpretada de acuerdo al Derecho internacional consuetudinario y al recogido en los convenios internacionales que tenían efectos vinculatorios en Líbano como, por ejemplo, la Convención árabe en contra del Terrorismo, que fue ratifica-

da por Líbano, y el Derecho internacional consuetudinario sobre terrorismo aplicable en tiempos de paz. Tomando en consideración la noción de costumbre internacional indicada en la Corte Internacional de Justicia en el caso *Continental Shelf*, el tribunal manifestó que existía una práctica determinada en referencia a la tipificación de los actos de terrorismo tal y como están comúnmente definidos, cuando, por lo menos, se han cometido en tiempos de paz. Además, esta práctica se evidencia en la creencia de los Estados de que la tipificación del terrorismo como delito responde a una necesidad social (*opinio necessitatis*), de ahí que se haga necesaria una norma exigiendo esta tipificación (*opinio juris*). Es más, el Derecho consuetudinario, de acuerdo al Tribunal, se plasma en términos de derechos y obligaciones internacionales, pudiendo mantenerse esta interpretación también: (i) para imponer a cualquier Estado (así como en otros sujetos internacionales como rebeldes y otros entes no estatales participando en asuntos internacionales) la obligación de abstenerse de cometer a través de sus oficiales y agentes actos de terrorismo, tal y como se definen en la norma; (ii), para imponer a cualquier Estado (y a otros sujetos y entidades internacionales equipadas con las necesarias estructuras y estructuras judiciales) la obligación de evitar y sancionar el terrorismo, además de procesar y juzgar a las personas que están supuestamente implicadas en delitos de terrorismo tal y como viene definido en la norma en su territorio o en territorio bajo su control. Y, (iii) para otorgar a cualquier Estado (además de a otros sujetos internacionales dotados de las necesarias estructuras y mecanismos judiciales) el derecho de procesar y juzgar el delito de terrorismo que se ha cometido en su territorio o en un territorio bajo su control por nacionales de su país o por extranjeros, tal y como viene definido en la norma o establecer una obligación en cualquier otro Estado de abstenerse de llevar a cabo una oposición u objeción a tal procesamiento y enjuiciamiento en contra de sus propios nacionales (a menos que ellos sean autoridades de alto nivel que disfruten de inmunidades personales bajo el Derecho Internacional).

En segundo lugar, la Sala de Apelaciones reconoció que la existencia de una norma consuetudinaria prohibiendo los delitos de terrorismo no suponía automáticamente que el terrorismo fuera un crimen de acuerdo al Dere-

cho internacional. Según los parámetros jurídicos señalados por la Sala de Apelación del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso *Tadić* acerca de los crímenes de guerra para originar la responsabilidad penal individual a nivel internacional, es necesario que la vulneración de la norma suponga la responsabilidad penal individual de la persona que la vulnera. En el caso del delito de terrorismo, en opinión del tribunal, cuando se demuestra la práctica del requisito, esto es, la *opini3n juris* y la *opinio necessitates*; es decir, el saber jurídico necesario, y de hecho obligatorio para enjuiciar y sancionar a los autores de actos terroristas, es relativamente sencillo cumplimentar los criterios necesarios porque el proceso de formación de la criminalizaci3n internacional del terrorismo es similar al de los crímenes de guerra.

En tercer lugar, la Sala de Apelaciones consider3 que mientras la norma consuetudinaria de un delito internacional de terrorismo que ha evolucionado muy lejos únicamente es aplicable a actos terroristas cometidos en tiempos de paz, una norma más amplia que declara ilegales los actos terroristas en tiempos de conflicto armado puede estar también surgiendo. Sin embargo, el tribunal fue plenamente consciente del hecho de que tanto en el Comité de Redacci3n de la Convenci3n Amplia sobre terrorismo y en sus reservas a la Convenci3n de Naciones Unidas de la Supresi3n de la Financiaci3n del Terrorismo, algunos miembros de la Conferencia Islámica habían expresado un firme desacuerdo con el hecho de considerar a los actos llevados a cabo por los «combatientes de la libertad», en tiempos de conflicto armado (incluyendo la ocupaci3n beligerante y el conflicto armado interno) que est3n dirigidos contra la poblaci3n civil inocente, como actos terroristas. Ellos insistieron tanto en la necesidad de salvaguardar el derecho de los pueblos a la autodeterminaci3n como en la urgencia de sancionar el terrorismo estatal.

La Sala de Apelaciones termin3 por concluir que con base a los Tratados, las Resoluciones de NN.UU., la jurisprudencia y la pr3ctica jurídicade los Estados, existe una evidencia convincente de que una norma consuetudinaria de Derecho internacional ha evolucionado hasta permitir la tipificaci3n de un delito del terrorismo cometido en tiempos de paz, siempre que se exijan los siguientes elementos: (i) el dolo (*dolus*) para cometer el delito subyacente; (ii),

el dolo especial (*dolus specialis*) de propagar el miedo o coaccionar a la autoridad; (iii) la comisión de un delito; y, (iv) que el acto de terrorismo debe ser transnacional. En consecuencia, se acepta que la noción de terrorismo tiene sus raíces en el Derecho internacional consuetudinario.

Las conclusiones de la Sala de Apelaciones no fueron compartidas por todos los miembros del tribunal en la *opinio juris* y pueden ser categorizadas como controvertidas en la doctrina. En un Memorial del Amicus Curiae sobre el delito de terrorismo aplicable, con un peculiar enfoque sobre la intención «especial» y/o el «especial» motivo como requisitos subjetivos adicionales, Kai Ambos (2011) razonó que bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se podía establecer que no era uno de los crímenes recogidos en el Estatuto de Roma (Arnold, 2004) y que, en consecuencia, a la luz de la ley internacional sobre terrorismo aplicable, a lo sumo es un delito transnacional grave recogido en algún Convenio internacional siendo cercano a un verdadero crimen internacional, pero sin haber podido alcanzar todavía dicho estatus. No obstante, los elementos generales de este delito pueden ser inferidos de las fuentes relevantes del Derecho Internacional.

Conclusiones

Los combatientes extranjeros no son los típicos participantes en lo que consideramos conflictos armados tradicionales y el fenómeno no está explícitamente recogido en ninguno de los textos legislativos del Derecho penal internacional. Su estatus, privilegios y la responsabilidad penal del Derecho penal internacional de acuerdo al *ius ad bellum* y el *ius in bellum*, por tanto, depende de los específicos actos (*actus reus*) que estas personas han cometido y en su verdadera intención (*mens rea*). Los Tribunales que aplican el Derecho penal internacional a nivel internacional y nacional han empezado a buscar soluciones para subsumir estos hechos en las categorías recogidas en el DIH y el Derecho penal internacional. El razonamiento no siempre es convincente,

como se ha podido observar, y requiere de interpretaciones amplias para cumplir con el principio penal *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Una segunda cuestión que se plantea es que su estatus, obligaciones y privilegios, son diferentes en tanto se trate de conflictos armados internacionales o de conflictos armados no internacionales. Esta histórica diferenciación ya no tiene ningún sentido y también los tribunales de Derecho penal internacional han llegado más allá de su propio significado. También podría cuestionarse si el esquema empleado por el DIH es todavía adecuado para hacer frente a los retos que plantean los conflictos armados transnacionales con la participación de grupos como Al Qaida o ISIS. Por consiguiente, es necesaria una reforma legislativa en esta materia del Derecho internacional público. Por desgracia, hasta ahora no parece que los Estados lleguen a un consenso sobre los estándares comunes que se deben aplicar para renovar el DIH.

Además, los combatientes extranjeros se han convertido rápidamente en terroristas. Esto supone que sus acciones pueden ser categorizadas, a la luz de los convenios internacionales en materia de la lucha contra el terrorismo o los convenios regionales europeos y en el Derecho de la UE como actos terroristas. El crecimiento de la legislación antiterrorista y su adelantamiento de las barreras penales para recoger conductas que se llevan a cabo durante el *iter criminis*, ha llevado a que los combatientes extranjeros se hayan convertido en terroristas desde el momento en que comienzan a recaudar dinero para organizar su viajes a una zona de conflicto o enaltecen a aquellos sujetos que ya han salido en las redes sociales. La distinción entre actos terroristas en tiempos de paz y los crímenes de guerra u otros crímenes del Derecho internacional que se producen durante un conflicto armado se ha distorsionado completamente (Scharf, 2001). Es más, en tiempos de conflicto armado, se puede observar el aumento del uso de todo tipo de herramientas para propagar el terror contra la población civil que también puede ser categorizado como crimen de guerra, crimen contra la humanidad y terrorismo (estatal).

Esto, en la práctica, supone que los tribunales penales nacionales y los tribunales que aplican el Derecho penal internacional están teniendo difi-

cultades para enfrentarse con la diferencia entre la legislación aplicable y las cuestiones jurisdiccionales. Desde el punto de vista del DIH, una buena parte de esta cuestión depende del tipo de conflicto, del ámbito geográfico de las hostilidades, de la clásica estructura organizativa de los sujetos beligerantes, de las herramientas que emplean, de su inmunidad de combatientes en conflictos armados no internacionales, entre otros muchos factores. Si lo analizamos desde el punto de vista de la ley antiterrorista, estos criterios (que pretenden lograr una guerra legal y la protección de los civiles inocentes) son de relativa importancia. Mediante la amplia criminalización de los combatientes extranjeros tanto cuando se encuentran en fase preparatoria, como cuando ejecutan sus acciones y en su eventual regreso, el principal objetivo es enjuiciarles y sancionarles por su supuesto comportamiento criminal. Si este comportamiento forma parte de un conflicto internacional o nacional carece de relevancia.

Únicamente el pequeño círculo de aquellos sujetos que participan activamente en la producción de hostilidades armadas en un conflicto internacional armado podría considerarse excluido del enjuiciamiento siempre que a los combatientes terroristas extranjeros se les considere como sujetos de la inmunidad del combatiente bajo el DIH. Este es un campo de protección bastante reducido que no siempre está claramente definido. ¿Qué puede ocurrir si actores no estatales lanzan ataques proporcionados sobre objetivos militares en un conflicto armado interno, como en Siria o Irak? Estos actos no están prohibidos por el DIH, pero, en cambio, pueden ser criminalizados y enjuiciados como delitos de terrorismo. Además, es cuestionable si esto no vulnera el fundamento principal del DIH. En general para muchos actos los combatientes extranjeros pueden ser perseguidos por crímenes propios del Derecho penal internacional y/o delitos de terrorismo al mismo tiempo. Esto supone que, definir la acción conjunta con el DIH y considerar la previsibilidad respecto de la ley aplicable y la jurisdicción, puedan considerarse como hechos beneficiosos para los legisladores que crean los tratados de lucha contra el terrorismo.

Así mismo, se considera que el terrorismo se puede calificar como un delito transnacional particularmente grave basado en un convenio internacional que se encuentra a las puertas de convertirse en un verdadero crimen internacional. Sin embargo, debido a la falta de precisión en lo atinente a los elementos constituyentes de su definición todavía no se puede considerar como un crimen internacional ni siquiera a la luz del Derecho internacional consuetudinario; algunos autores, en cambio, abogan por una interpretación extensiva del actual Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional (para una perspectiva general ver Roksandić, 2015; Cohen, 2012, pp. 2011-2012).

Así las cosas, como hemos visto, los tribunales que aplican el Derecho penal internacional pueden, sin embargo, jugar un rol importante en tanto que se enfrentan a los delitos de terrorismo en la medida en que lo califican como un crimen de Derecho penal internacional. En cambio, es complejo para ellos establecer una clara línea divisoria entre los crímenes de Derecho penal internacional y los enjuiciamientos nacionales por la comisión de delitos de terrorismo. Una posible solución podría ser que se le otorgase al Tribunal Penal Internacional la competencia para dirimir el concurso de leyes que se dé entre la ley aplicable a los crímenes propios del Derecho penal internacional y la legislación de lucha contra el terrorismo (Olásolo & Pérez, 2008). De acuerdo a este procedimiento de decisión prejudicial, el susodicho Tribunal podría elaborar un marco multilateral y equivalente en el que el Derecho internacional público y el DIH se opongan a la expansión de la legislación contra el terrorismo, que califica cualquier oposición armada como enemiga a la luz del Derecho penal de excepción.

Referencias

- Ambos, K. (2011). Amicus Curiae Brief on the Question of the Applicable Terrorism Offence with a Particular Focus on a «Special» Special Intent and/or a Special Motive as Additional Subjective Requirements. *Criminal Law Forum*, 22, 389-408. Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1972174.
- Arnold, R. (2004). *The ICC as a New Instrument for Repressing Terrorism*. Nueva York: Transnational Publishers.

- Cassese, A. (2003), *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cassese, A. (2006). The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law. *Journal of Criminal Justice*, 4, 933-958.
- Cassese, A. & Gaeta, P. (Eds.). (2013). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Centro Europeo de lucha contra el Terrorismo (ECTC) (2 diciembre de 2016). *Changes in Modus Operandi of Islamic State (IS) revisited*. Recuperado de: <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/islamic-state-changing-terror-tactics-to-maintain-threat-in-europe>.
- Cohen, A. (2012) Prosecuting Terrorist at the ICC: Reevaluating an unused Legal Tool to Combat Terrorism. *Michigan State University Int'Law Rev*, 20, 219-255.
- Convención Internacional para la supresión de la financiación del Terrorismo. (1999). Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf.
- Convenciones de la Haya (1899). *Sobre el comportamiento en la lucha armada*. Recuperado de: http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1851920/II_convenio_de_la_haya_de_1899.pdf/960c50ec-3f1f-45f0-898d-333790694de9.
- Convenios de Ginebra (12 de agosto de 1949). *Referentes a la Protección de Personas Civiles en tiempos de Guerra*. Recuperado de <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf>.
- De Guttry, A. (2016). The Role Played by the UN in Countering the Phenomenon of Foreign Terrorist Fighters. En A. De Guttry, T. Capone & C. Paulussen (Eds.). *Foreign Fighters under International Law and Beyond* (pp. 259-281) La Haya: Springer-Asser Press.
- De Guttry, A., Capone, T. & Paulussen, C. (Eds.) (2016). *Foreign Fighters under International Law and Beyond*. La Haya: Springer-Asser Press.
- Directiva 2017/541. Parlamento Europeo y del Consejo. *Relativa a la lucha contra el terrorismo*. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32017L0541>.
- Duffy, H. (2015). *The «War on Terror» and the Framework of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ECLI:NL:GHDHA:2015:1082, Gerechtshof Den Haag, 30-04-2015. Recuperado de: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2015:1082>.
- ECLI:NL:RBSGR:2011:BT8829, Rechtbank's - Gravenhage, 21-10-2011. Recuperado de: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBSGR:2011:BT8829>.

- Engelhardt, M. (2014). *Heiliger Krieg, heiliger Profit: Afrika als neues Schlachtfeld des internationalen Terrorismus*. Berlin: Urheberrechtlich Geschütztes Material.
- Fleck, D. (1995). *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford: Oxford University Press.
- Heinsch, R. (2016). Foreign Fighters and International Criminal Law. En A. De Guttry, T. Capone & C. Paulussen (Eds.). *Foreign Fighters under International Law and Beyond* (pp. 161-186) La Haya: Springer-Asser Press.
- Henckaerts, J. & Doswald-Beck, L. (2010). *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Liberation Tigers of Tamil Eelam vs. Consejo de la Unión Europea. (16 octubre 2014). En donde se solicita la anulación parcial del Reglamento de Ejecución (UE) no 83/2011 del Consejo. (T-208/11-T-508/11). Recuperado de: http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62011TJ0208&lang1=es&type=TXT&ancre=&https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2011.347.01.0039.01.ENG.
- Mallison, W. & Mallison, S. (1978). The Juridical Status of Privileged Combatants under the Geneva Protocol of 1977 concerning International Conflicts. *Law and Contemporary Problems*, 2, 1-34.
- NN. UU. (2015). *Draft comprehensive convention against international terrorism*, recuperado de <https://www.ilsa.org/jessup/jessup08/basicmats/unterrorism.pdf>.
- Olásolo, H. & Pérez, A. (2008). *Terrorismo Internacional y Conflicto Armado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Paulussen, C. (2012). Testing the Adequacy of International Legal Framework in Countering Terrorism: the War Paradigm. *ICCT Research Paper*. Recuperado de: <http://www.icct.nl/download/file/ICCT-Paulussen-Legal-Framework-for-Counter-Terrorism-August-2012.pdf>.
- Paulussen, C. (2012a). Impunity for International Terrorists? Key Legal Questions and Practical Considerations. *ICCT Research Paper*. Recuperado de: <http://www.icct.nl/download/file/ICCT-Paulussen-Impunity-April-2012.pdf>.
- Pictet, J. (1987). *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Pictet, J. (Eds.) (1994). *Commentary Geneva Conventions I-IV*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Prosecutor v. Blaskić. (3 marzo 2000). Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Juicio de primera instancia*. IT-95-14-T.
- Prosecutor v. Brima, Tamba et al. (20 junio de 2007). La Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona. SCSL-03-01-T.

- Prosecutor v. Charles T. (26 septiembre de 2013) La Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona. SCSL-03-01-A.
- Prosecutor v. Kunarac *et al.* (12 junio 2002). Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Sentencia de la Sala de Apelación*. IT 98-23&23/1-A.
- Prosecutor vs Tadić. (2 octubre 1995) Decisión sobre la petición de defensa de apelación interlocutoria sobre Jurisdicción, del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Sentencia de la Sala de Apelación*. IT0-94-1.
- Protocolo Adicional II (1977). *A las Convenciones de Ginebra de 12 de Agosto de 1949*. Recuperado de: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>.
- Protocolos Adicionales I (1977). *A las Convenciones de Ginebra de 12 de Agosto de 1949*. Recuperado de: <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>.
- Roksandić Vidlička, S. (2015). *Criminal Responsibility for Severe Economic Crimes Committed in a Transitional Period*. Zagreb: Law School.
- Scharf, M. (2001). Defining Terrorism as the Peace Time Equivalent of War Crimes: A Case of Too Much Convergence Between International Humanitarian Law and International Criminal Law? *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 7, 391-398.
- Sommario, E. (2016). The Status of Foreign Fighters under International Humanitarian Law. En A. De Guttry, T. Capone & C. Paulussen (Eds.). *Foreign Fighters under International Law and Beyond* (pp. 141-160). La Haya: Springer-Asser Press.
- Tribunal de Apelación (División Penal) De Apelación Del Tribunal Penal Central (EWCA) (22 de febrero de 2012). Case No: 2011/01697/C5. Recuperado de: file:///C:/Users/kevin.giraldo/Downloads/UK_court_appeal_judgement_Silber_Parker_2012.pdf.
- Tribunal de Apelación de Amberes, caso - 2015/FP/1 - FD 35.9847-12, 27-01-2016.
- Tribunal de Primera Instancia de Amberes (2015), nota número FD35.98.47-12 - AN35. F1.1809-12 —zaak I—, 11-02-2015.
- Venet, O. (2010). Infractions terroristes et droit humanitaire: l'article 141bis du Code Pénal. *Journal des Tribunaux*, 6387, 169-172.
- Werle, G. (2005). *Principles of International Criminal Law*. La Haya: Cambridge University Press.

El Derecho penal y la protección de los derechos fundamentales

Eckart Ratz*

Resumen: Nuestra comprensión de la igualdad de derechos para todos se basa en los derechos fundamentales, la democracia y la separación de poderes, que se entienden uniformemente en Europa, lo que permite normas análogas en todo el continente y exige la subsidiariedad. En el derecho penal, la terminología clara es, igualmente, indispensable en la aplicación de la ley y en el diálogo entre la democracia y el Estado de derecho.

Palabras claves: Derechos fundamentales, democracia, Derecho penal, Estado de derecho, Europa.

Abstract: Our understanding about equal rights for all is based on fundamental rights, democracy and the separation of powers, which are uniformly understood in Europe, which allows for similar rules throughout the continent and requires subsidiarity. In criminal law, clear terminology is also essential in the application of the law and in the dialogue between democracy and the rule of law.

Keywords: Fundamental rights, democracy, Criminal law, Rule of law, Europe.

* Presidente del Tribunal Supremo de Austria, Profesor Honorario de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Viena. Es editor y autor de los Comentarios vieneses (*Wiener Kommentare*) al Código penal y a la Ordenanza Procesal Penal. Responsable de la parte penal del registro de decisiones de apelación de la *Österreichische Juristen-Zeitung* (ÖJZ). Correo: eckart.ratz@univie.ac.at El texto original se intitula «Strafrecht und Grundrechtsschutz» y corre publicado en *Österreichisches Anwaltsblatt* 2017/06, pp. 350-356; se corresponde con la ponencia presentada en la 45ª Conferencia de Presidentes el día 24.02.2017 en Viena. La traducción fue realizada por el Dr. iur. John Zuluaga LL.M., Profesor Asociado Universidad Sergio Arboleda (USA – Bogotá, Colombia) y revisada por el profesor Fernando Velásquez Velásquez.

Los derechos fundamentales

El señor Presidente Dr. Wolff me ha invitado a realizar un discurso de apertura. Yo no puedo ofrecer soluciones, tal vez ni siquiera deba advertir mi opinión sobre los enfoques planteados para la solución de problemas, sino, más bien, se trata de ofrecer un impulso. De forma consecuente, la tarea del lector consiste en polemizar sobre lo que aquí se llegue a comentar.

Dado que el hombre, como dice Aristóteles, es un *zoon politikon* —un animal político—, presuponemos que el Estado es un principio de organización para una convivencia ordenada y protegida; mientras que en el derecho divino de los reyes el soberano puede legar su poder, en el presente el poder estatal solo es delegado por el pueblo durante un período de tiempo determinado.

Ya Tomás de Aquino —posicionado ya contra del poder terrenal del emperador— había equiparado el «*vox populi*» al «*vox dei*». Hoy se habla mejor del contrato social. En su obra cumbre «El Leviatán», publicada en 1651, Thomas Hobbes describió cómo en un estado de naturaleza la guerra de todos contra todos fue pacificada por la transferencia del poder pleno al Leviatán. Los ciudadanos habrían celebrado un contrato para transferir todo el poder al rey; pero el rey no es una parte contratante y, por lo tanto, inevitablemente posee una autoridad ilimitada: un acuerdo de sometimiento.

En 1672, Samuel Pufendorf habló de la dignidad del ser humano que, ahora, encontramos de forma muy destacada tanto en el artículo primero tanto de la Constitución alemana como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE). Según Pufendorf, el hombre es «de la más alta dignidad porque tiene un alma que se distingue por la luz del intelecto, por la capacidad de juzgar las cosas y de decidir libremente [...]» (Wesel, 2010, p. 397 y ss.). Protágoras ya había dicho que no se podía decir que hay dioses ni que no existen, razón por la cual el hombre es la medida de todas las cosas.

John Locke, a quien conocemos mucho mejor que a Pufendorf, indicó en 1690 el camino hacia la actual democracia burguesa. En la acuñación

que hace Locke a la doctrina del contrato de Hobbes, el gobierno es ahora una parte contratante —un contrato social—. Sus consideraciones llevan a la opinión de que los gobiernos no deberían ser absolutos. Por ello el socio del contrato social, según John Locke, también es el soberano mismo: «*Absolute monarchy is as if men protected themselves against pole-cats and foxes, but are content, nay think it safety, to be devoured by lions*» (La monarquía absoluta es como si los hombres se protegieran a sí mismos contra los turones y los zorros, no obstante están contentos cuando piensan que es seguro ser devorados por leones) (Russel, 2012, p. 639).

Entonces el hombre tiene derechos fundamentales; en su origen, ellos son los derechos de defensa contra el poder estatal. Los derechos fundamentales de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y la Carta de los Derechos fundamentales de la UE (CDF-UE) son, en principio, generalmente aceptados. Junto a los derechos de defensa, actualmente se sitúan los derechos de garantía contra el Estado. Entre otras cosas, el Estado debe asegurar una efectiva persecución penal para que las personas puedan vivir de acuerdo con sus aspiraciones esenciales. El derecho fundamental a la intimidad sería inútil si el Estado no hiciera nada para evitar la invasión en la privacidad, el de la vida sería improductivo sin el enjuiciamiento de los asesinos. Los efectos frente a terceros y los derechos fundamentales sociales son palabras claves adicionales en este contexto (muy instructivo al respecto, Wiederin, 2005, p. 53).

La democracia y el Estado de Derecho

Todas las constituciones de los Estados miembros y el Tratado de la UE también prevén la democracia como forma de Estado. El artículo 1.º de la Constitución de Austria expresa la relación entre la democracia y el Estado de derecho advirtiendo que el derecho emana del pueblo. El artículo 2.º del tratado de la UE se refiere a la democracia y al Estado de Derecho como «valores sobre los que se funda la Unión».

Desde las revoluciones en los Estados Unidos y Francia durante el siglo XVIII, la idea de la separación de poderes se ha convertido en garantía indispensable de la libertad. Algunos Estados, incluso, dividen aún más la jurisdicción que se define de todos modos por el uso descentralizado de la fuerza —llamada como independencia—, por ejemplo, Alemania y Austria, donde se establecen —a diferencia de los EE.UU.— tribunales constitucionales especiales.

En tanto una verdad en cuestiones de valoración solo se encuentra en las comunidades religiosas y no en los Estados constitucionales democráticos, los valores pueden discutirse racionalmente aunque no puedan ser probados lógicamente. Por esta razón, en algunos Estados europeos —no en todos nótese bien, no en el Reino Unido o los Países Bajos, por ejemplo, pero de forma especialmente prominente en Alemania—, se espera de los jueces constitucionales esa sabiduría que no se confía a las mayorías democráticas en las que se basa la pretensión de validez de las Leyes (Rüthers, 2016, p. 21).

De ellos se aprende hoy lo que constituye la única dignidad del ser humano, lo que la mayoría democrática resolvió objetivamente y en donde ésta ha actuado de forma meramente voluntaria y discrecional. En el contexto europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en Estrasburgo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) —en Luxemburgo— han asumido este papel, lo que ha llevado a una fuerte convergencia de estándares de derechos fundamentales en los Estados miembros y en los Estados del Consejo de Europa.

Sin embargo, parece haber pleno acuerdo en el sentido de que **el principio de sometimiento a la Ley** es la «norma central del Estado de derecho democrático» (Eberhard, 2014, pp. 90-92). Aquí, como lo expresó Wiederin, la democracia termina donde comienza la dignidad humana (2014, p. 303). Me refiero a una relación de tensión entre democracia y Estado de derecho. La democracia es el dominio de la mayoría y el Estado de Derecho se espera por parte de los jueces. Estos no solo deberían restringir la voluntad de la mayoría frente al individuo sino, también, garantizar que se implanten de manera

justa aquellas decisiones de la mayoría que se han convertido en Ley en los casos individuales.

¿Pero qué significa sometimiento a la Ley en Europa, donde los principios rectores de la legislación de la UE son en gran medida «creación de un tribunal» y hasta hoy no tienen ninguna base en los tratados fundacionales (Wiederin, 2015) —un tribunal cuya «auto percepción también se irradia a los Estados miembros», especialmente a los tribunales administrativos y a los tribunales ordinarios—? Frente a cada norma, los Estados deben dejar de tener en cuenta el Derecho nacional, incluido el Derecho constitucional, también del Derecho derivado o secundario. Los Estados tienen que asumir una función de producción normativa, la cual —como afirma Wiederin— se le prohíbe al Tribunal Constitucional con el control de la norma y le es reservada al legislador (2015, p. 197).

¿Y qué nos dice esto sobre la pretensión de validez de la legislación de la UE que se deriva de la voluntad del pueblo? ¿Es la voluntad del ejecutivo la misma del pueblo que se basa en la separación de poderes? ¿Entiende el votante del Parlamento Europeo a sus diputados como aquellos a quienes él desea delegar sus poderes?

La igualdad de derechos para todos en una Europa democrática tiene muchas facetas, por lo cual vale la pena y es necesario reflexionar sobre ellas. La igualdad de derechos para todos y la prevención de las desigualdades —y todo ello, además, debe ser posible en todo el espacio legal europeo— no es, sin razón, el tema general de esta conferencia.

La igualdad en la diversidad

La igualdad de derechos para todos y la democracia exigen una estricta subsidiariedad en este contexto. En este sentido es igualmente justo si por parte de los representantes nacionales de los Estados miembros se crean normas diferentes para situaciones similares. Desde esta perspectiva, la autonomía procesal de los Estados miembros es justa y es razonable que el TJUE lo enfatice en reiterada jurisprudencia. Esto, no obstante, atendiendo al principio de colaboración de buena fe, según el cual las pre-

tensiones legales europeas frente a aquellas de los ordenamientos jurídicos internos no pueden ser perjudicadas en su aplicación —también en consideración a aspectos relativos a la rapidez y los costos— (ver por todos, Haider, en Mayer y Stöger, 2016, Art. 4 inc. 3 EUV nm. 25 ss.; sobre las libertades comunitarias, véase EuGH, C-34/02, Pasquini, nm. 59).

Por lo tanto, en consonancia con la diferenciación platónica entre la justicia aritmética y la geométrica, de ninguna manera se debe regular cada asunto de igual manera en cada Estado miembro para no tener que hablar sobre desigualdad en el espacio jurídico europeo. Como es sabido también se tienen en cuenta los actos jurídicos de la Unión que, según el Art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se desagregan a la manera de regulaciones, directivas, decisiones, recomendaciones y opiniones y se hace hincapié en el 15° Protocolo Adicional de la CEDH sobre el «margen de apreciación» que se aborda cada vez más en la jurisprudencia del TEDH.

Igual derecho penal

Requisitos fundamentales. En el derecho penal la seguridad jurídica juega un rol destacado como expresión de la igualdad de justicia en comparación a otras áreas del derecho. El Art. 7.º de la CEDH y el Art. 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE garantizan, explícitamente, que no se puede dictar sentencia sino es con base en la Ley. El Art. 6.º de la CEDH contiene prerrogativas de un gran alcance para la defensa que van más allá de la garantía general del debido proceso. En el Art. 4.º del Séptimo Protocolo Adicional de la CEDH en lo nacional y el Art. 50 la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en un contexto europeo, se establecen normas estrictas contra la persecución penal múltiple. La formalidad estricta del proceso penal se resalta de manera explícita en el Art. 6.º (2) de la CEDH y en el Art. 48 (1) de la Carta de los Derechos Fundamentales.

En el derecho penal esto significa la imposición consciente de un mal al infractor de la Ley y sirve, principalmente, a la sostenible confirmación de re-

glas particularmente importantes para la coexistencia. Esto solo puede darse si la persona sujeta a la ley ve claramente la norma —la Ley— y puede orientar su comportamiento a partir de la misma.

Igual ejecución por medio de nociones claras. El derecho que, retrospectivamente, se crea por medio de una locuaz sucesión de argumentos aparentemente plausibles para cada uno, no cumple con estos requisitos. En vez de esto, la retroalimentación de la Ley debe ser claramente comprensible, falsable. Si la Ley se pone detrás del sentido de justicia del juez (Schünemann, 2016, p. 654; por último, en detalle Schilling, 2016, p. 595), no solo la democracia se queda a un lado, sino que en la mayoría de los casos también queda atrás la racionalidad y lo que el ciudadano espera del juez, esto es, lo que lo legitima. La jurisprudencia del sentimiento (*Gefühlsjurisprudenz*) que no es construida a partir de un concepto dogmático coherente, significa una forma particularmente peligrosa de ejercer el poder que no se ajusta a los jueces. Contenidos que no estén desglosados por una terminología clara no confieren derechos estrictos y exigibles: muros de protección segura para los ciudadanos que buscan la libertad.

Como producto de ello, el Tribunal Supremo de Austria ha prestado especial atención en las últimas décadas al uso de una exacta terminología para la protección de las personas sujetas a la Ley. Todas las decisiones que fueron adoptadas entre 1993 y enero de 2017 en una Sala reforzada (*Verstärkter Senat*), fundamentan esto (véase: 11 Os 95/02 EvBl 2003/182 —exclusión de una norma penal del orden jurídico—, 11 Os 119/06a EvBl 2007/130 —delimitación entre tentativa y consumación como objeto de la impugnación a la sanción, en vez de la impugnación a la subsunción y a la apelación—, 13 Os 1/07g EvBl 2007/130 —función del delito continuado y reemplazo parcial por la unidad de acción típica— y 14 Os 172/11t EvBl 2012/163 —delimitación de una única imputación del resultado—). Por eso, aquellos que quieran opinar en el derecho penal o simplemente quieran estar del lado seguro, no pueden dejar de conocer exactamente los términos usados en la jurisprudencia y sus contenidos.

Esto también se aplica en el procedimiento de la apelación, en el cual las cláusulas de impugnación formuladas a la manera de una lista de verificación brindan a los abogados defensores una clara orientación sobre sus derechos fundamentales, en los momentos en los cuales no se aplica el cálculo de ape-

lación cuando se trata de convencer a los jueces que actúan en primera instancia.

Lo que no se puede captar por medio de imágenes o en una pequeña charla, lo que dicho de otra manera requiere una plena concentración, genera repugnancia. Los algoritmos exactos, en otras palabras, la formulación de preceptos legales en términos generales y lógicos, son más exigentes intelectualmente que la misma asociación libre —como lo es *con ocasión de*, no tanto *para* la solución de casos—. ¡Cada uno de nosotros sabe que ser corto lleva tiempo!

La tarea principal del Derecho no es la resolución de conflictos, ¡sino la prevención de los mismos! Evitar conflictos requiere límites claramente identificables. Aquellos deben ser también fáciles de entender para el ciudadano, por supuesto de acuerdo con el público relevante al que se dirige la norma penal. Los hechos decisivos en los delitos contables o en los balances fraudulentos solo deben ser entendidos por los funcionarios competentes, mientras que hechos cruciales relativos a crímenes contra la vida y la integridad personal deben ser entendidos por todos.

Ejemplos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Austria. Y siempre vale la pena no dejar de lado los conceptos introducidos por la ley. Si, por ejemplo, en *el derecho penal contra la corrupción* todo depende de la comprensión correcta de un beneficio ofrecido o asumido, tiene sentido delimitarlo exactamente del concepto general del cual deriva su rendimiento.

Entonces, si según la definición de Transparencia Internacional, la corrupción es «uso indebido del poder otorgado para obtener beneficios privados», una ventaja o beneficio solo puede ser algo que queda fuera de la relación de desempeño entre las entidades legales o compañías para las cuales opera el funcionario público acusado (básico, Lewisch, 2013, pp. 335 (349); Lewisch, 2013a, p. 43, 51 y ss.; Lewisch, 2015, p. 1; cfr. también 17 Os 8/16d EvBl-LS 2016/116 = JBl 2016, 672, Birklbauer). La ventaja o beneficio para un tercero no puede ser lo que se destina al organismo o a la empresa del funcionario público o al negocio del empleado o encargado.

La «integridad» de la administración estatal o de los cuerpos organizados de economía privada está bien protegida, pero solo indirectamente en relación con la pulcritud de sus funcionarios; los funcionarios públicos saben, perfectamente, que pueden comprometerse por completo con su empresa o su negocio para lograr todo por estas instituciones.

El hecho de que solo los honorarios que la Ley defina se tengan que pagar por actos de autoridad pública, lo garantiza, en Austria, el tipo penal de abuso del poder oficial. La «venta» de actos de autoridad pública es, por lo tanto, estrictamente punible, pero respecto a la corrupción solo tiene algo que ver en el marco de asuntos privados y, así mismo, no interesan en este punto los asuntos relativos a la lealtad en la competencia. Especialmente a los políticos de las municipalidades se les ahorrará la difícil delimitación entre administración económica pública y privada, sin renunciar a la responsabilidad penal por desviación del poder —un «puerto seguro» que en lo conceptual es delimitado de forma clara—.

Que en el *derecho procesal*, en todo caso allí donde exista representación judicial obligatoria, tengan aplicación otras medidas, es claro. Después de masivas irritaciones iniciales por parte de una judicatura, la de los últimos 20 años que está fuertemente enfocada en la conceptualización, cada vez más esto parece ser aceptado por los abogados defensores en Austria; por último, pero no menos importante, porque en el diálogo respetuoso con la abogacía (cfr., finalmente, Wolff, 2016, p. 57, pero también la invitación anual y la participación de los miembros del Tribunal Supremo en la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados de Austria —*österreichischen Rechtsanwaltskammertag*—) siempre hay reajustes de preceptos jurídicos importantes desde el punto de vista de la defensa.

En ese momento, por ejemplo, fue posible estructurar plenamente la jurisdicción correspondiente para derechos fundamentales del TEDH en un sistema que se adapta de forma impresionante a las causas de nulidad de los procedimientos penales y ponerlo a disposición del proceso de conocimiento a través de fórmulas judiciales aptas para la elaboración del proceso cognitivo

(en igual sentido, Ratz, 2006, p. 318; Ratz, 2010, pp. 983, 988 y ss.; Ratz, 2016, p. 119).

De esto se desprende, por ejemplo, la estricta distinción entre el *uso de la evidencia* y el *aprovechamiento de la evidencia* en las cada vez más frecuentes prohibiciones de prueba. En tanto resulta demasiado tardío que solo de forma *ex post* se alegue una lesión contra una prohibición probatoria, entonces una queja exitosa requeriría más bien evitar que se produzca la prueba prohibida en el procedimiento principal por medio de solicitudes adecuadas. Los defensores están, de esta manera, llamados a desempeñar un papel activo en los procedimientos de primera instancia, incluyéndose en este rol activo, por ejemplo, si la defensa puede objetar —en contra del uso de pruebas— que la violación reclamada es en cierto modo equivalente a una violación puesta expresamente bajo una sanción de nulidad (Cfr. Ratz, 2015, WK-StPO § 281 nm. 195, 222, 337, 354 ss.).

Especialmente en lo que respecta a las prohibiciones probatorias es importante no perder de vista su importancia en el contexto nacional de «*checks and balances*», es decir, no verla de forma aislada o desvinculada de su finalidad protectora en las respectivas normas de procedimiento (Ilustrativo: Rogall, 1999, p. 119). El autor citado, desaprueba la teoría de Amelung sobre supuestos derechos al dominio de la información, porque estos «revaloran la disposición sobre el bien personal que se asocia a un derecho como un derecho de exclusividad informativa» (p. 132, nota a pie 82). Sin embargo, en el proceso penal «no se trata del cumplimiento de exigencias de información privada, sino de la observancia de deberes públicos...ningún sistema de derecho procesal penal se puede dejar involucrar en tal forma de concebir exigencias y acciones privadas» (p. 139). Aunque Rogall desaprueba la función de disciplinamiento como causal de justificación, en el resultado su sistematización no equivale a nada más, excepto que él tiene la intención de someter los actos de personas privadas bajo ciertas circunstancias de prohibiciones de prueba (cfr. también Reamey, 1999, p. 191), que proporciona una introducción concisa pero muy instructiva a la doctrina de la prohibición probatoria de EE. UU. Así las cosas, la regla de exclusión se basa en la sinopsis de la Cuarta [*unreaso-*

nale searches and seizures] y la Quinta enmiendas constitucionales [Prohibición de forzar la autoincriminación], y está fuertemente relacionada con el sistema de jurado estadounidense y, también, con una policía organizada de forma altamente heterogénea, de tal manera que la función disciplinaria difícilmente puede garantizarse, de otra manera, uniformemente porque las medidas disciplinarias, ante todo por desconocimiento, etc. no tienen lugar. Junto a la función disciplinaria se destaca el rol del Estado como maestro.

La doctrina de la prohibición de pruebas de los Estados Unidos, la llamada «*exclusionary rule*», depende de manera crucial del sistema de jurado y de una policía que es organizada de forma muy heterogénea, cuyo disciplinamiento difícilmente puede garantizarse de manera uniforme. La policía austríaca, al contrario, está organizada en gran parte de forma central. Por lo tanto, debe tener cuidado de no dejar ir al bebé junto con el agua de la bañera y renunciar innecesariamente al uso de la evidencia obtenida en una especie de éxtasis por los derechos fundamentales.

Por supuesto, en el Estado de derecho el fin no justifica todos los medios. Sobre los medios que se niegan a la policía, que se supone es la que protege nuestros derechos fundamentales, debe decidirse mejor de forma sobria y no de prisa. Además, debe tenerse presente el análisis de Rogall, quien afirma que ni el derecho constitucional alemán ni la legislación europea contienen una disposición que prohíba de forma obligatoria el aprovechamiento de las pruebas obtenidas ilegalmente (1999, p. 129).

La igualdad por medio del diálogo de los poderes estatales. Una terminología más clara, en la medida de lo posible, permite y simplifica el diálogo con el legislador. La voluntad de sometimiento a la Ley como principio básico del Estado democrático de Derecho debe existir en ambos lados. Las leyes que ignoran de forma continua los mismos términos que se usan en la jurisprudencia pierden su poder regulador. Las ambigüedades desregulan y obligan al juez a *inventar* estructuras en lugar de *hallarlas*, donde sea necesario establecer una justicia igual (Ratz, 2005, p. 705). Al contrario, un precepto jurídico inte-

ligible para el legislador también puede tomarse como una oportunidad para, de igual forma, pronunciarse de forma clara. ¡Esto es la democracia!

Conceptualmente, una conversación turbia e incomprensible crea desorden —y si Derecho significa Orden— esto sería igual a injusticia. Unos preceptos jurídicos claros pueden reconocerse en tanto tienen la posibilidad de ser falseados. Lo que se escapa a la falsación es la arbitrariedad, no el derecho (Cfr. Hassemer, citado en Rüthers, 2016, p. 91). No sin razón, en el nacionalsocialismo tuvo validez aquello de que

El valor y no la norma, el espíritu y no la palabra. [...] Incluso las leyes de la época nacionalsocialista no se tomaron en serio en su redacción, pero se las percibió como portadoras de principios, permitiéndole al intérprete —una vez reconocido por él— ocultar reglas específicas incorrectamente formuladas o arreglarlo de otra manera [...] argumentar con la redacción de la norma o incluso invocar el silencio de la ley, tiene sentido [...] como una expresión del pensamiento legal primitivo, como una persistencia obstinada en el positivismo que se había creído superado, pues solo se puede tratar de ayudar a que los principios reconocidos como correctos logren una amplia evolución por el camino de la analogía (Wiederin, 2015b, pp. 199, 221).

Este tipo de conceptualización deja mucho margen a la discrecionalidad y, además, permite fundamentar —como sea que haya tenido lugar— el resultado final obtenido; en lo esencial, da una orientación y, al mismo tiempo, deja la conclusión concreta en el limbo (p. 224). Así Wiederin, en un tratado sobre Ernst Rudolf Huber y el derecho constitucional en el «Tercer Reich», que merece ser leído; en la misma línea se encuentra Rüthers, según el cual:

La lucha de los reformadores de la Ley en el nacionalsocialismo se dirigió sobre todo contra el positivismo legal, que fue denigrado como «normativismo», también en contra de la pervivencia de las normas tradicionales. [...] El segundo oponente principal fue la jurisprudencia de intereses (*Interessenjurisprudenz*), porque partía de un estricto sometimiento a la Ley. Esto obstaculizó la reinterpretación propuesta de las partes «impopulares» del sistema legal. Los reformadores de la Ley tenían un objetivo: La aplicación de la ley debería, a menudo bajo la apariencia de presunta «interpretación», convertirse en un reemplazo legislativo (2016, p. 15 y ss.).

La igualdad ante un tribunal ordinario como instancia superior (Art. 92 B-Constitución austríaca)

La renovación del proceso penal. Por medio de una nueva comprensión de la llamada renovación del procedimiento penal, basada en la transición de las decisiones del TEDH a la legislación nacional, el Tribunal Supremo en el año 2007 ha admitido un recurso de protección de derechos fundamentales contra sentencias judiciales en firme y ha podido, por lo tanto, en relación con el principio de subsidiariedad en el que se basa la CEDH, ocuparse de una *protección de derechos fundamentales* de alto nivel. Al justiciable se le ahorran, de esta manera, años de espera por una decisión de Estrasburgo que posiblemente solo se produce después de la ejecución de la prisión.

El Tribunal Supremo se adhirió —lo que la mayoría de las veces es ignorado— de forma estricta al tenor literal de la norma, que —reducido a lo esencial— dice: Si el TEDH constata una violación a los derechos fundamentales, el Tribunal Supremo debe rehacer el proceso en caso de que la persona en cuestión haya sufrido un perjuicio. La ley deja abierto el significado exacto de la condición introducida, lo cual no quiere decir que el poder de renovación del Tribunal Supremo dependa necesariamente del reconocimiento del TEDH. El Tribunal *solo* puede proceder si hay una decisión desde Estrasburgo. Así puede verificar la violación de los derechos fundamentales de manera oportuna y el afectado no termina dependiendo de la asistencia posterior de la comunidad internacional. El TEDH ha tomado la iniciativa y, desde 2015, pide que se use el recurso judicial en lo atinente al agotamiento de los recursos legales de conformidad con el Art. 35 CEDH.

Es obvio para mí que el recurso judicial frente a los derechos fundamentales nacionales debe estar abierto, también, frente a violaciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (Ratz, 2013, p. 155). Es bien sabido que el TJUE exige, en reiterada jurisprudencia, que las pretensiones derivadas del Derecho de la UE no puedan ser desfavorecidas procesalmente en relación con las de la legislación nacional, incluso cuando se trata de la anulación de decisiones que ya se han convertido en definitivas. Las reclamaciones por

vulneración de derechos fundamentales de la UE siempre han sido aceptadas por el Tribunal Supremo austriaco como objeto de renovación (véase el Art. 4 inc. 3 EUV y los principios de equivalencia y eficiencia derivados de ello por el TJCE; lo que se refiere al deber de subsanar la legalidad de las decisiones más viejas, véase sentencia C-234/04, Kapferer, nm. 22 s; sobre el 13 Os 49/16d, finalmente, fue una sala la que se ocupó de la pregunta que solicitó una resolución preliminar al TJCE el 23 de enero de 2017 [Art. 267, sección 3 AEUV]).

Prácticamente todos los demás derechos fundamentales nacionales pueden entenderse, sin un esfuerzo particular, como una expresión específica de las promesas de derechos fundamentales de la CEDH y sus protocolos adicionales (cfr. también 11 Os 142/10g; 12 Os 57/11s; 13 Os 47/11b, 54/11g; 15 Os 81/11; 15 Os 171/08; y, 15 Os 174/11v; en contra sólo un *obiter dictum* en 12 Os 65/11t, JBl 2012, 399, con observaciones críticas de Rebisant), de tal manera que el Tribunal Supremo garantiza una protección de derechos fundamentales de alto nivel judicial, extraordinariamente integral y eficiente. Así las cosas, el antiguo llamado, constante y repetido, que busca una medida judicial ante el Tribunal Constitucional de Austria hoy parece inapropiado (véase solo el punto 10 de la *VerteidigerInnentags* 2012; y Kieren WK² GR-BG § 1 nm. 18; cfr. 13 Os 131/15m, EvBl-LS 2016/115). La decisión también es gratuita, se lleva a cabo en unas pocas semanas y, a menudo, ya en una etapa muy temprana del procedimiento.

El recurso de nulidad para la defensa de la Ley. *Para la fijación de un programa de actividad procesal* la palabra «temprano» es realmente un término mágico y no menos importante, un ejercicio eficaz para ordenar el razonamiento. Se trata de la fijación mental de los hechos cruciales para la solución del caso, esas circunstancias fácticas que se deben responder afirmativamente cuando se debe emitir una condena. En el proceso lo que importa es si cada hecho legalmente decisivo se refleja en el devenir histórico; en otras palabras, se trata solo de saber si esos hechos pueden llegar a ser determinados. Si trata de llegarse, como a menudo se denuncia, a la solución de la cuestión de hecho

sin supuestos fácticos decisivos legalmente definidos, los procesos languidecen durante años y la sentencia absolutoria que resulta al final no significa la salvación. Por el contrario, no tiene relación con el daño causado por el procedimiento como tal.

Desde finales de la Edad Media se ha utilizado la llamada *navaja de Ockham* para organizar el pensamiento. Uno elimina de forma consecuente todo lo que no dice nada nuevo y —aún más importante en la práctica cotidiana— todo lo que no dice nada cuando se le contempla a la luz, formando así el precepto jurídico. Una herramienta práctica muy útil para reconocer si se aplica de forma consistente el método es observar su longitud. Si ese largo es, digamos, mayor a cinco líneas, generalmente no se ha logrado. A esto se le denomina un paralogismo pragmático. La cláusula legal a menudo no es incorrecta, pero en sus huesos cuelgan aún fibras proteínicas que obstruyen la mirada sobre la declaración real. Las redundancias, los llamados círculos lógicos o pleonasmos, son causas comunes: famoso es el enunciado sinsentido de la corte imperial, según el cual un ferrocarril es un tren de hierro (*eine Eisenbahn eine Bahn von Eisen sei*).

Para la mayoría de los programas orientados a construir un proceso, unas pautas muy claras se encuentran en la jurisprudencia. Como problemáticos se tienen nuevos fenómenos que ocurren simultáneamente en grandes cantidades o, también, al comienzo de complejos procesos penales económicos. En Austria, a menudo, esto podría remediarse rápidamente. La fiscalía delegada ante el Tribunal Supremo, la llamada Fiscalía General, tiene un instrumento de gestión en sus manos que le otorga un tremendo poder de configuración: el poder de someter en todo momento cada cuestión estructural importante al Tribunal Supremo y, de igual manera, por un lado, de hacerlo al comienzo de fenómenos de masas o muy extendidos en la población y, por otro lado, de los procedimientos económicos y de corrupción altamente entrelazados. De lo que se trata es de aislar las cuestiones jurídicamente cruciales y aclarar sus contenidos de antemano, si es necesario.

En el sistema legal angloamericano, las cortes supremas utilizan un escrito de revisión o «avocación» (*writ of certiorari*) para seleccionar casos jurídico-

políticamente interesantes, aunque solo luego de su cierre. En el derecho penal austriaco, esta discreción para la planificación no se transfiere al Tribunal Supremo, sino a una institución especial cuidadosamente seleccionada. Ella puede actuar en cualquier etapa del procedimiento, incluso desde el principio, y presentar no solo decisiones sino cualquier acto —también simplemente unos renglones para la fundamentación de una orden judicial— ante el Tribunal Supremo con miras a obtener aclaraciones legales. Se trata, pues, de un potencial de estructuración que no se puede sobrestimar para nada y que, sin embargo, quiere ser activado (en detalle, Ratz, 2016b, p. 592); en relación con el reclamo de nulidad para la protección de la ley sobre decisiones y sucesos (como objeto de dicho reclamo), términos como «*violación* o aplicación *incorrecta* de la ley» e «*ilegal*» (§ 23 inc. 1 StPO) solo significan que el Procurador General reclama como ilegal la decisión o un suceso ante el Tribunal Supremo, pero de ninguna manera que estos deban ser considerados ilícitos por su parte (Ratz, 2015, WK-StPO § 292 nm. 1 ss.).

El Fiscal General, que llegó al poder a fines del año 2016, ya ha destacado públicamente y de diferentes maneras que está preparado para hacer un uso estratégico del recurso legal y, en caso de que sea necesario, a encontrar los recursos con sus propios funcionarios respectivamente. Para eso, él necesita información apropiada. Si bien, incluso de manera explícita (§ 23 sección 2, 2a. frase StPO), cualquier persona tiene derecho a adelantar dicho recurso de nulidad para el cumplimiento de la Ley, algunos defensores regularmente hacen uso de ello solo después de la conclusión del procedimiento, pero raramente en la fase de diseño del proceso penal. Quien no quiera escuchar el mensaje, ¡no se puede quejar de largos procedimientos!

Resumen

No hay nada vergonzoso —con esto llego al final— cuando los abogados recuerdan su tarea básica de ser administradores de conceptos. Solo quienes, realmente, dominan su oficio son aptos para actuaciones brillantes. Los jueces

deberían abstenerse de esto por completo y, mejor aún, con humildad ante la Ley, es decir, ante la democracia, intentar reconocer relaciones de orden en las Leyes.

Los tribunales superiores tienen de modo particular la tarea de reunir las diferentes esferas de la ley, concretarlas y lograr que éstas sean de igual manera *idóneas para el oficio* —en otras palabras, calculables, exactamente repetibles o dicho de forma simple: confiables— tanto para los aplicadores de la Ley como para los subordinados a la misma. Por este motivo, también el diálogo directo con el TJUE, sobre lo que éste insiste firmemente en el caso *Akerberg-Fransson* y las decisiones subsiguientes. La palabra «Directo» significa sin mediación por los tribunales constitucionales, que en el contexto de la UE ha perdido considerablemente su importancia mediante la cuestión prejudicial del Art. 267 del TFUE (Cartabia, 2013, p. 155, 166; de hecho, desde Simmenthal, la doctrina del efecto directo ha conllevado la marginación de los tribunales constitucionales nacionales del proceso de integración europea). El Decimosexto Protocolo adicional de la CEDH tiene por objeto hacer posible este moderno tipo de cooperación entre los tribunales supremos nacionales y los organismos europeos también en el ámbito de los Estados del Consejo de Europa.

Por lo tanto, los tribunales superiores en la jurisdicción ordinaria y administrativa son particularmente adecuados como «lazo de transmisión» de los derechos fundamentales y la legislación de la UE, porque están en comunicación directa con sus tribunales inferiores, cuyo idioma hablan exactamente, conocen sus problemas y los problemas de las partes allí intervinientes, no necesitan intérpretes y, por lo tanto, son particularmente rápidos; una propiedad que exige el Art. 6.º (1) de la CEDH en interés de la persona que busca justicia y que, desde un punto de vista internacional, parece estar en peligro en un nivel inaceptable por el aumento constante de las denuncias individuales con motivo o después de los procedimientos judiciales ordinarios.

Uno piensa en la duración del procedimiento en Estrasburgo, pero también en la trascendental demora de muchos procesos civiles y penales en Austria, que se ha producido debido a la nueva solicitud individual introducida

para requerir la evaluación de la norma —desafortunadamente tenemos que decir: según lo esperado— (Ratz, 2013b, p. 77); y, esto, a pesar de todos los esfuerzos del Tribunal constitucional austríaco.

En cualquier caso, los derechos fundamentales han llegado hace mucho tiempo a los tribunales supremos nacionales. Las consideraciones, caso por caso, en cuestiones de valoración que transcurren en una instancia judicial complementaria perjudican el sistema legal más de lo que lo benefician. Al menos, debe tenerse en cuenta el precio que se paga por ello y reflexionar en qué segmentos realmente vale la pena el esfuerzo, es decir, dónde el sistema legal de un Estado amenaza con irse de las manos, pero en cualquier caso apenas para la justicia individual.

Referencias

- Cartabia, M. (2013). Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court. En *Court of Justice of The European Union: 50th anniversary of the judgement in Van Genden Loos. 1963-2013* (pp. 155-168). Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne.
- Eberhard, H. (2014). Verfahrensökonomie und Effektivität des Rechtsschutzsystems. *Journal für Rechtspolitik-JRP* (2), 90-101.
- Fuchs, H. y Ratz, E. (2015). *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung StPO*. Wien: Manz Verlag Wien.
- Lewisch, P. (2013). Aktuelle Fragen des Wirtschaftsstrafrechts. En D. Ennöckl, N. Raschauer, E. Schulev-Steindl y W. Wessely (Eds.), *Festschrift für Bernhard Raschauer zum 65 Geburtstag* (pp. 335-349). Wien: Jan Sramek Verlag.
- Lewisch, P. (Ed.). (2013a). Korruption und Compliance. En Lewisch (Ed.) *Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit* (pp. 43-54). Wien: NWV Verlag.
- Lewisch, P. (Ed.). (2015). Altes und Neues zum Korruptionsstrafrecht. En Lewis (Ed.), *Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit* (pp. 383-400). Viena: NWV Verlag.
- Mayer, H. & Stöger, K. [Eds.]. (2016). Kommentar zu EUV und AEUV: 85. - 189. *Lieferung. Kommentar in Faszikeln in Fortführung des Kommentars zu EU- und EG-Vertrag*. Wien: Manz.
- Ratz, E. (2005). Wechselwirkungen zwischen Judikatur und Legislative im Strafprozessreformgesetz. *Österreichische Juristen-Zeitung, ÖJZ*, 18, 705.

- Ratz, E. (2006). Grundrechte in der Strafsjudikatur des OGH. *Österreichische Juristen-Zeitung*, ÖJZ (8), 318.
- Ratz, E. (2010). Überprüfung von Entscheidungen durch den OGH in Strafsachen. *Österreichische Juristen-Zeitung*, ÖJZ (22), 983-988.
- Ratz, E. (2013). Zur Entwicklung des Grundrechtsschutzes im Straf- und Medienrecht. En J. Pilgermair (Ed.), *Wandel in der Justiz* (pp. 155-176). Wien: Verlag Österreich.
- Ratz, E. (2013b). Gesetzesbeschwerde gefährdet funktionierenden Rechtsschutz. En *Österreichische Richterzeitung*, RZ (4), p. 77.
- Ratz, E. (2016). Begrifflichkeiten und Strukturelemente des Straf(prozess)rechts im Lichte der Rechtsprechung des OGH. En P. Lewisch (Ed.), *Jahrbuch für Wirtschaftsstrafrecht* (pp. 119-153). Wien: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH.
- Ratz, E. (2016b). Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes und Wirtschaftsstrafverfahren. *Österreichische Juristen-Zeitung*, ÖJZ, (13), 592.
- Reamey, G. S. (1999). The American exclusionary Rule Experience. En F. Höpfel y B. Hüber (Eds.), *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen - Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond, Europäisches Kolloquium Wien, September 1997. Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg* (pp. 191-202). Freiburg i. Br.: edition iuscrim.
- Rogall, K. (1999). Grundsatzfragen der Beweisverbote. En F. Höpfel y B. Hüber (Eds.), *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen - Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond, Europäisches Kolloquium Wien, September 1997. Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg* (pp. 119-148). Freiburg i. Br.: edition iuscrim.
- Russel, B. (2012). *Philosophie des Abendlandes: Ihr Zusammenhang mit der politischen und sozialen Entwicklung*. München: Anaconda.
- Rüthers, B. (2016). *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, (2 ed.). Heidelberg: Mohr Siebeck.
- Schilling, Th. (2016). Die Gesetzesbindung des Richters im Rechtsstaat, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, ZÖR, (4) 595-622.
- Schünemann, B. (2016). Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die progressive Rückschrittspropaganda. En *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* n°. 10, 654-671. Recuperado de http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_10_1051.pdf.
- Sentencia C-34, EuGH (2002). (Pasquini, nm. 59). I-6535. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48108&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.

- Sentencia 11 Os 95/02, OGH 27.5.2003. EvBl 2003/182.
- Sentencia 11 Os 119/06a, OGH 03.05.2007. EvBl 2007/130.
- Sentencia 11 Os 142/10g, OGH 17.02.2011.
- Sentencia 12 Os 57/11s, OGH 18.10.2011.
- Sentencia 12 Os 65/11t, OGH 05.07.2011. JBl 2012, 399.
- Sentencia 13 Os 1/07g, OGH 11.04.2007. EvBl 2007/130.
- Sentencia 13 Os 47/11b, 54/11g, OGH 14.07.2011.
- Sentencia 13 Os 49/16d, OGH 23.01.2017.
- Sentencia 14 Os 172/11t, OGH 15.05.2012. EvBl 2012/163.
- Sentencia 15 Os 81/11, OGH.
- Sentencia 15 Os 171/08y, OGH 14.10.2009.
- Sentencia 15 Os 174/11v, OGH 29.02.2012.
- Sentencia 17 Os 8/16d, OGH 06.06.2016. EvBl-LS 2016/116 = JBl 2016, Birklbauer, p. 672.
- Sentencia C-234, EuGH 2004, Kapferer, nm. 22 s.
- Wesel, U. (2010). *Geschichte des Rechts in Europa. Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon*. München: Verlag C. H. Beck.
- Wiederin, E. (2005). Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge; Die Zukunft der sozialen Sicherungssysteme. En: M. P. Huber (Ed.), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, VVDStRL*, 64 (pp. 53-84). Berlin: De Gruyter.
- Wiederin, E. (2014). Sterbehilfe für die Demokratie. *Recht der Medizin, RdM* (3), 297-305.
- Wiederin, E. (2015). Der Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht. En: Griller, S., Kahl, A., Kneih, B. y Obwexer, W. (Eds.): *20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs. Auswirkungen des Unionsrechts auf die nationale Rechtsordnung aus rechtswissenschaftlicher, politikwissenschaftlicher und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht* (pp. 179-202). Wien: Facultas Verlags- und Buchhandels AG.
- Wiederin, E. (2015b). Ernst Rudolf Huber und das Verfassungsrecht im «Dritten Reich». En: Ewald Grothe (Ed.), *Ernst Rudolf Huber, Staat -Verfassung- Geschichte* (pp. 199-228). Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Wolff, R. (2016). Grunderwerbsteuer Neu, Immobilienertragsteuer Neu, Grundstückswertverordnung. En *Österreichisches Anwaltsblatt*, (2)57.

La relación entre organización criminal, grupo criminal y asociación ilícita tras las reformas de 2010 y 2015 en España

*Alri Zurita Gutiérrez**

Resumen: Resulta imperativo el estudio y delimitación de los nuevos tipos delictivos de organización criminal, grupo criminal y asociación ilícita, referidos a la delincuencia organizada, que se han incorporado en la legislación española tras las reformas penales de 2010 y 2015. Estos tipos delictivos, por un lado, son similares y comparten elementos convergentes entre sí, pero, por otro lado, contienen componentes propios que los diferencian y que aquí interesa desarrollar, buscando efectuar el deslinde procedente entre cada uno de ellos con la finalidad de lograr una aplicación adecuada. En esa tarea, no quedarán exentas de análisis figuras prototípicas de manifestación criminal, como la codelinquencia y la conspiración, que plantean problemas similares a los anteriores y también son objeto de examen.

Palabras claves: Análisis figuras prototípicas, asociación ilícita, codelinquencia y conspiración, grupo criminal, legislación penal española, nuevos tipos delictivos, organización criminal, reformas de 2010 y 2015.

Abstract: It is imperative the study and delimitation of the new criminal types of criminal organization, criminal group and illicit association, referred to organized crime, that have been incorporated into Spanish criminal legislation after the reforms of 2010 and 2015. These criminal types, on the one hand, they are similar and share converging elements with each other, but, on the other hand, contain their own elements that differentiate them and what we are interested in developing, seeking to carry out the demarcation between each of them, for the purpose of proper application. In that task, will not be exempt from analysis prototypical figures of criminal demonstration, like codelinquency and conspi-

* El autor es Doctor en Derecho penal de la Universidad de Sevilla; correo: zuritaalri@gmail.com. El presente trabajo se realiza en el marco del Grupo de investigación SEJ617: Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado. https://investigacion.us.es/sisius/sis_depgrupos.php?ct=&cs=&seltext=SEJ-617&selfield=CodPAI.

racy, that pose problems similar to the previous ones and that will also be the subject of research.

Keywords: Analysis prototypical figure, codeinquency, conspiracy, criminal, criminal organization, group, illicit association, new criminal types, reforms of 2010 and 2015, Spanish criminal legislation.

Precisiones previas

Durante mucho tiempo la atención legislativa en España estaba concentrada fundamentalmente en la lucha contra el terrorismo y, por tal razón, la delincuencia organizada no recibió el primer nivel de prioridad si bien existía la figura de la asociación ilícita que solo se aplicaba como agravante; el mencionado tipo delictivo no fue derogado y subsiste junto a otros delitos como los de organización criminal y grupo criminal. Ahora bien, es relativamente reciente que el legislador comience a desplegar instrumentos específicos para la lucha contra este fenómeno, que no deja de presentar en el plano político-criminal una intensa carga emocional (De la Cuesta, 2010, p. 83). En este sentido, en las sociedades actuales se ha anclado una creciente preocupación sobre el fenómeno de la criminalidad organizada. España no es ajena a esta problemática, debido a los variados delitos que pueden cometer estas organizaciones valiéndose de su capacidad lesiva, por ejemplo: tráfico de drogas, trata y tráfico de personas, inmigración clandestina, tráfico de armas, blanqueo de capitales, entre otros.

Este hecho ha generado una importante y profunda reforma legislativa del Código penal español realizada en junio de 2010 y, de manera más leve, en marzo de 2015; en ésta última se suprime la «perpetración reiterada de faltas» en los delitos de organización y grupo criminal, manteniendo los delitos graves y leves en dichos tipos delictivos. En general la reforma posterior a 2010 introduce una amplia regulación sobre la criminalidad organizada, teniendo como resultado la definición de los supuestos de organización criminal tipificados en el art. 570 *bis* CP y que establece:

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

También se tipifica el delito de conformar un grupo criminal en el art. 570 *ter* CP que indica lo siguiente:

a los efectos de este código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

Y, por último, subsiste el tradicional delito de asociación ilícita del art. 515.1 C.P. que establece: «Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1) las que tengan por objeto cometer algún delito o, que después de constituidas, promuevan su comisión». Como se aprecia, las tres figuras delictivas son aparentemente análogas por lo cual el presente artículo se enfoca en un análisis comparativo de estos delitos que, básicamente, son producto de la reforma penal de 2010 que sufrió leves cambios en 2015.

Los delitos de asociaciones ilícitas y organización criminal

Sobre la delimitación entre asociaciones ilícitas y organización criminal. Se empieza con la comparación entre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita, porque este último delito es el que se ha mantenido con posterioridad a las reformas mencionadas; a tal efecto, interesa puntualmente el art. 515.1 Código Penal (en adelante CP). Se puede indicar que marcar las diferencias conceptuales y aplicativas, así como las posibles críticas, entre ambos tipos delictivos tal vez no sea suficiente puesto que existe una superposición entre las dos figuras (art. 515.1º y 570 *bis* CP), que complica su diferenciación (Corcoy, 2011, p. 854). Pese a ello, es necesario identificar de la manera más clara posible los aspectos diferenciales que dan cuerpo a cada tipo delictivo.

Así, pues, en España el delito de «asociación ilícita» sufre una evolución porque tradicionalmente fue considerado como una infracción contra la seguridad del Estado en consonancia con un sistema político que no reconocía el derecho a asociarse con la intención de participar en la vida política, específicamente en la década de los años setenta (Rodríguez y Serrano, 1994, p. 746). La regulación legal de los delitos relativos a las asociaciones ilícitas ha

sufrido influjos derivados de diversos factores: primero, como consecuencia de la transición democrática; y, segundo, a raíz del fenómeno terrorista (Del Rosal, 2005, p. 1060). Posteriormente, ha pasado a ser considerada como un delito contra los derechos fundamentales y las libertades públicas y tiene un obligado referente en el derecho fundamental de asociación reconocido en el art. 22 CE, y, en contraposición, se tipifican en los arts. 515 y ss. los supuestos que constituyen claramente extralimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho (Gil, 2005, p. 6).

En la actualidad, la creación de nuevas figuras penales —asociación ilícita y organización criminal— genera importantes dificultades interpretativas a la hora de diferenciarlas de otras hipótesis penalmente relevantes. En concreto, se complica en demasía el establecimiento de fronteras entre las formas de autoría y participación en una organización criminal del art. 570 *bis*. que establece:

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

Y las previstas en relación con una asociación ilícita en los arts. 515 y siguientes (Suárez, 2012, p. 104). Puntualmente, el art. 515.1 CP. Establece que: «Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1) las que tengan por objeto cometer algún delito o, que después de constituidas, promuevan su comisión». El tipo básico de ambas figuras delictivas contienen similitudes en lo referido a la pluralidad de personas y la a finalidad delictiva.

En la reforma de 2010 el legislador optó por la solución más confusa y, en consecuencia, creó más dudas que soluciones, esto porque mantiene los delitos de asociación ilícita, sin más modificaciones que algunas puramente sistemáticas, para conservar y dar mayor dimensión a los diversos tipos cualificados por pertenencia del autor a una organización o asociación criminal, cuando no al incorporar a las organizaciones y grupos criminales en el marco de los delitos contra el orden público, creando así un *tertium genus* a modo

de una perspectiva normativa añadida a las ya existentes desde hace tiempo —asociación ilícita— lo que, sin duda, complica aún más el análisis y la aplicación de los tradicionales instrumentos de lucha contra la criminalidad organizada. Complicaciones que, de una parte, no solo se pueden plasmar en la generación de nuevas y casi irresolubles relaciones de concurso normativo entre distintos instrumentos legales referidos a la delincuencia organizada, sino que, también, pueden afectar al propio entendimiento tradicional de los mismos, muy destacadamente en lo atinente a los delitos de asociaciones ilícitas (Sáinz-Cantero, 2011, p. 1186).

De otra parte, el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 deja percibir que la aplicabilidad del tipo delictivo de asociación ilícita era muy limitada y que no respondía adecuadamente contra el mencionado fenómeno delictivo, al manifestar de esta manera que: «El devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales».

Por último, cuando se hace referencia a la organización criminal y a la asociación ilícita, se debe tener en cuenta la situación concursal; en este sentido el CP prevé en su artículo 570 *quater* 2, 2º lo siguiente: «En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8». La mencionada regla indica que: «En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor».

Las asociaciones ilícitas tipificadas en el art. 515.1º CP. De acuerdo con el art. 22.2 de la Constitución Española: «2) las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales». El fundamento que justificaría el mantenimiento del art. 515.1 CP sería que el mencionado precepto es una respuesta a dicha regulación para proteger el derecho de asociación y velar porque no se haga un uso abusivo del mismo (Faraldo, 2012, pp. 129-130). Éste es el tipo más cuestionado y preocupante del catálogo de

asociaciones ilícitas debido a la proyección delictiva mencionada y que la asemeja a la organización criminal.

Dentro de esta forma se incluyen, expresamente, tanto aquellas asociaciones que tienen un fin delictivo desde su momento constitutivo como aquellas que se orientan a él en un momento posterior (Sánchez, 2011, p. 1797). Esto lleva a dividir en dos aspectos el art. 515.1º CP porque él considera delictivas, en primer lugar, tanto las asociaciones que se constituyen ya con el fin de cometer algún delito, como, en segundo lugar, las que promueven su comisión una vez constituidas, esto es, aquellas que deciden promover la comisión de delitos en un momento posterior a su constitución, de forma que nacen lícitas y en un momento posterior terminan convirtiéndose en ilícitas (Faraldo, 2012, p. 132).

Entonces, llevan a cabo el delito las asociaciones que se constituyen con una finalidad delictiva, a lo cual se debería añadir que deben tener cierto grado de organización para poder cumplir sus cometidos (Sánchez, 2005, p. 120). En tal sentido se manifiesta la jurisprudencia de acuerdo con el criterio establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo (de aquí en adelante STS) 234/2001 de tres de mayo en la cual se mencionan los siguientes requisitos:

La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias: a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función de actividad del tipo prevista; c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no meramente transitorio; d) el fin de la asociación —en el caso del art. 515.1º inciso primero— ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción en tiempo y lugar.

Como se aprecia la Jurisprudencia anterior a la reforma de 2010 exigía similares requisitos a los que ahora contempla el Código penal.

En el segundo caso, la alusión a las asociaciones que después de constituidas promuevan la comisión de delitos responde a la necesidad de dar cabida a las que nacen lícitas, pero *a posteriori* incluyen entre sus fines la comisión de delitos para evitar absurdas lagunas de punibilidad. Su previsión expresa

es reiterativa, porque de no existir los casos comprendidos en este inciso no estarían en absoluto excluidos del primero: tener por objeto cometer algún delito convierte a la asociación en ilícita, aunque ese objetivo sea posterior a su creación (Faraldo, 2012, p. 133). Todo esto lleva a advertir serios problemas de colisión normativa reconocidos sin empacho por el legislador, lo cual se debe precisamente a que el art. 515.1° es el antiguo texto del 570 *bis* puede comprender los mismos supuestos de criminalidad organizada (González, 2013, p. 106).

Ahora bien, si esta actividad se lleva a cabo de forma paralela a otras de carácter lícito, es necesario determinar en qué momento se cruza la frontera de la licitud. De acuerdo con la doctrina, ello se puede determinar de dos maneras: primero, el propósito delictivo se refiere a que la asociación se independiza de la persona física de tal manera que, aunque la persona física desaparezca, la configuración de la asociación seguirá sirviendo como instrumento para la comisión de infracciones o delitos; segundo, cuando la dedicación y esfuerzos está más orientada a la actividad delictiva que a la actividad lícita (Faraldo, 2012, pp. 134-135). El concepto de asociación ilícita utilizado en el art. 515.1 no puede referirse a un simple conjunto de pocas personas que colaboran para la realización de un cierto fin, dado que abarcaría los casos de mera coautoría o de participación y no puede ser ésta la finalidad del precepto en particular, si se tienen en cuenta las elevadas penas que en los siguientes artículos se contemplan (Faraldo, 2013, p. 76).

En este sentido la figura de la asociación ilícita (art. 515. 1°) colisiona con el tenor del 570 *bis* por las siguientes razones: en un primer momento se hace mención a la proyección delictiva o a la razón por la cual se constituye la asociación ilícita, en torno a lo cual se puede observar que es muy similar a la «naturaleza delictiva de la organización criminal», es decir, la asociación se constituye específicamente con el objeto de cometer un delito; en un segundo momento, hace referencia a que los integrantes después de constituidos cometan delitos de forma organizada, por lo cual se entiende que es una asociación «legal» y, en todo caso, establece que después de su constitución tiene por objeto cometer delitos, aquí podría citarse la figura del «fundador»

que se aplica en la organización criminal y que ya tiene individualizada su pena. Para finalizar, y por lo expuesto, el número 1º del 515 del CP debería ser derogado debido a que colisiona con el 570 *bis* (organización criminal) y, eventualmente, también con el 570 *ter* (grupo criminal).

Mantener en tales términos el art. 515.1º del Código penal más que soluciones traería conflictos interpretativos, pues las asociaciones descritas tienen las mismas características que una organización criminal; muestra de ello es la STS 109/2012, de catorce de febrero, que resuelve textualmente:

Los criterios que marca la jurisprudencia para apreciar que concurre una asociación ilícita de las previstas en el art. 515.1º del Código Penal, esto es, las que tienen por objeto cometer algún delito u otras infracciones penales son los siguientes: a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) el fin de la asociación —en el caso del art. 515.1 inciso primero— ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la actividad ilícita sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

A su vez, otra Sentencia del Tribunal Supremo matiza la diferencia entre la organización y el grupo criminal, atribuyéndole una pluralidad de delitos en contraposición a la asociación ilícita que estaría dirigida solo a un delito además del motivo por el cual se mantiene este tipo penal. Al respecto, la STS 544/2012, de dos de julio, establece el siguiente fundamento:

Ahora bien, la exclusión defendida por el art. 22.2 de nuestra Carta Magna hace necesario el mantenimiento del tipo penal previsto en el art. 515.1º del Código Penal, si bien su interpretación ha de verse reconducida a su ámbito propio, es decir, como contrapartida al derecho de asociación, por lo que las características del mismo, condicionan la aplicación de dicho tipo penal, exigiéndose pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia, en concordancia con el propio concepto constitucional de asociación.

También, una reciente Sentencia el Tribunal Supremo la STS 310/2018 de 26 de junio establece, en un caso concreto de asociación ilícita, los siguientes elementos:

1) pluralidad de personas como sustrato subjetivo de la asociación, que surge como un agente colectivo con independencia y autonomía propia y con la finalidad de cometer delitos (...) 2) personas que se conciertan para la ejecución de hechos delictivos que se convierten en los delitos fin de la agrupación (...) 3) personas que se relacionan y vinculan entre ellas mediante una cierta estructura organizativa (...) 4) se requiere cierta permanencia en el tiempo, esto es, que el acuerdo sea duradero y no meramente ocasional, porque se trata de cometer delitos, no un delito ocasional.

Como se puede apreciar las características de la asociación ilícita son básicamente similares a las de la organización y el grupo criminal; por tanto, no tendría sentido realizar tanto esfuerzo en crear una simple asociación para cometer un solo delito, pues teniendo a favor todas las características citadas propias de una asociación ilícita lo más probable sería que sus integrantes cometan más de un delito. Entonces, el fundamento expresado en la STS 544/2012 de dos de julio resultaría insuficiente, porque afirmar que se mantiene el 515.1º CP como contrapartida al derecho de asociación —como lo hace la mencionada Sentencia— es infundado, dado que dichos derechos ya están protegidos por los otros numerales del mismo artículo.

Algunas diferencias entre la asociación ilícita (art. 515.1) y la organización criminal (570 bis). Los elementos del delito de organización criminal no difieren mucho de los utilizados para definir a la asociación ilícita utilizados con anterioridad a la incorporación del art. 570 bis; ello provoca la necesidad de diferenciar el nuevo concepto de los que con anterioridad se empleaban para la represión de la criminalidad organizada y, muy señaladamente, del que daba cuerpo al concepto de asociaciones ilícitas (Sáinz-Cantero, 2011, pp. 1193-1194).

En este sentido, se puede citar un primer criterio de distinción entre asociaciones y organizaciones criminales que vendría determinado por un elemento formal, en la medida en que la existencia de una asociación puede implicar una dimensión institucional, formal aunque jurídicamente relevante, en la medida en que la asociación necesitaría para su existencia de una forma jurídica específica, incluso en su caso la inscripción en el registro correspon-

diente, en tanto que las organizaciones vendrían a referirse a organizaciones o reuniones en sentido material, carentes de tal forma o revestimiento (Sáinz-Cantero, 2011, p. 1194). Sin embargo, atender a esa pauta conduce a privilegiar con menor penalidad a quienes se revisten de una cierta formalidad asociativa, con o sin registro, con independencia de la gravedad de los ilícitos que la agrupación o asociación persiga (Martell y Quintero, 2010, p. 361).

Un segundo criterio para tener en cuenta es el sentido material de las organizaciones y asociaciones, entendiéndolo que las últimas tendrían en todo caso un carácter originariamente criminal, es decir, son agrupaciones que surgen *ex professo* y, exclusivamente, con una finalidad criminal, en tanto que las asociaciones serían agrupaciones formalmente válidas que terminan delinquiriendo (Sáinz-Cantero, 2011, p. 1195). En este sentido ese criterio se ofrece en la Exposición de Motivos de la reforma penal de 2010, Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, al indicar que

Las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad.

De manera complementaria al segundo criterio se puede citar la STS 544/2012, de dos de julio, que menciona las diferencias entre la organización criminal y la asociación ilícita, pues se afirma allí que la incorporación de los nuevos tipos delictivos

(...) ha de llevarnos a una reinterpretación de los parámetros del art. 515 de tal Código, que dentro del capítulo de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, incrimina como punibles, las asociaciones ilícitas, en las que, a salvo las organizaciones y grupos terroristas, que han quedado reubicadas en el art. 571 del Código Penal, permanecen en su diseño cuatro tipos de asociaciones ilícitas, en donde ha de primar su consideración de agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por tal delito, que no es otro que la conculcación del derecho de asociación, cristalizando la criminalidad en el empleo de medios violentos o en la perversión de la personalidad de los componentes, aunque tales asociaciones tuvieran fines lícitos (...) las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de natu-

raleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad.

En el mismo sentido se manifestó la STS 740/2010, de seis de julio, que precisó la naturaleza y el carácter intrínsecamente delictivo de la organización y del grupo criminal, no incluyendo en este aspecto a la asociación ilícita. En una reciente Sentencia, la STS 372/2018 de 19 de julio, se mencionan los requisitos para la cristalización de la organización criminal, como son: «El carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad».

De esta manera, los criterios de diferenciación entre ambos delitos podrían plantear un solapamiento y un uso reiterativo de la regla 4ª del artículo 8 —que da prioridad de aplicación al delito más grave— a la que el propio legislador hace referencia en el art. 570 *quater* 2, consciente de la dificultad de encontrar dimensiones de injusto diferenciadoras y propias entre una tipicidad y otra que permitieran acudir a los criterios de consunción y especialidad (Suárez, 2012, p. 104). De hecho, algunos de los problemas de grave colisión normativa que se presentan ahora, y que se reconocen sin empacho alguno por el legislador, se deben, precisamente, a que el art. 515.1 —que sigue siendo el que era— y el art. 570 *bis*, incorporado en 2010 y con leves cambios en la Reforma de 2015, pueden comprender los mismos supuestos de criminalidad organizada (González, 2012, p. 28).

Por último, el problema de la anterior delimitación consiste en que conduce a resultados punitivos inconvenientes dada la menor penalidad asignada al de delito de asociación ilícita, lo que importaría un beneficio o privilegio a quienes se revisten de una apariencia de legalidad para la comisión de delitos. Al margen de ello, el art. 570 *quater* 2 prevé que cuando las conductas sancionadas por las figuras de organización y grupo criminal estén comprendidas en otros preceptos del Código penal, tal como puede ser el caso de la asociación

ilícita, la relación concursal se resuelve con base en el principio de alternatividad (Corcoy, 2011, pp. 854-855).

Sobre el nuevo tipo de grupo criminal (art. 570 CP)

Por primera vez, la Ley Orgánica 5/2010 dota de una expresa autonomía al concepto de grupo criminal en la regulación del Código penal en relación con el de organización criminal, que hasta ese momento habían sido interpretados de forma conjunta y como sinónimos (Núñez, 2013, pp. 102-103). De acuerdo con el art. 570 ter del CP se entiende por grupo criminal: «la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos».

La conceptualización del grupo criminal es consecuencia de la ausencia de alguna o algunas características o requisitos de las que goza el concepto de organización criminal. Por tanto, el delito de grupo criminal podría constituir una figura residual de la de organización criminal. Pero cabe observar que dicho delito, al igual que la figura de organización criminal, posee elementos tanto cualitativos como cuantitativos. Hablando de estos últimos, se hace referencia no solo a la existencia de una pluralidad de personas sino a que también ellas «poseen una menor complejidad organizativa» pues carecen de un carácter estable o permanente. Pese a estas limitaciones estructurales, ambos delitos comparten «la finalidad de cometer delitos» (Núñez, 2013, p. 104), además de la idoneidad delictiva.

El tipo delictivo de «grupo criminal» incrimina la comisión reiterada — de delitos— aunque de forma transitoria. De esta manera, el preámbulo de la Ley indica que en el ámbito del grupo criminal ha de concurrir un plus de peligrosidad respecto a la delincuencia común y puntualiza que, con la incorporación del grupo en el CP, se pretende responder a los supuestos de asociaciones criminales de carácter transitorio (Llobet, 2012, p. 699). Esto lleva a entender que trata de darle cabida a determinados grupos que, por su

transitoriedad, no podían ser incluidos anteriormente en el tipo delictivo de asociación ilícita, por citar un ejemplo el caso de un grupo (descuideras) que cometían hurtos en vía pública y que el Tribunal Supremo, en ese entonces, entendió que no quedaban comprendidas en la figura de asociación ilícita como se infiere de la Sentencia 1075/2006, de 23 de octubre.

En efecto, el concepto de grupo criminal es algo diferente al de organización criminal y, a su vez, también distinto al de conspiración para delinquir, lo que para algún autor deja un estrecho margen aplicativo que lleva directamente, y lo asocia a la noción antigua de banda o grupo de malhechores que se conciertan entre sí para cometer delitos, de manera inespecífica y desestructurada, siempre que sea en número de tres o más, lo cual recuerda a la idea de cuadrilla del CP de 1973, un supuesto de codelinquencia agravada (García, 2010, pp. 510-511). El grupo criminal podría ser considerado, entonces, como consecuencia lógica de una concepción del Derecho penal moderno, es decir, como una especie de metamorfosis; desde luego, si se entiende por tal la transformación de algo en otra cosa, evidentemente esta figura experimenta hoy una transfiguración perversa cuando se piensa en la antigua construcción del bandolerismo regulada en el CP de 1944 o en el Decreto de 21 de septiembre de 1960, que tenía como finalidad castigar aquellas conductas como el atraco, la intimidación, el secuestro, la formación de grupos armados, entre otros (Colina, 2012, p. 52).

Así mismo, está caracterizado como una organización de menor integridad y cohesión, reservada y definida por exclusión, a tenor de la Exposición de Motivos de la reforma penal, que es aplicado a otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, pero que no reúnen los elementos estructurales de la organización criminal, esto por no poseer precisamente una estructura con vocación de permanencia pero que, a pesar de ello, sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes (Velasco, 2011, p. 4). Para algún autor, la definición de organización criminal es uno de los puntos claves de la reforma junto con la introducción de un nuevo término jurídico, el de grupo criminal, una especie de organización criminal de segundo grado y de menor

cohesión, aunque también sus integrantes puedan cometer delitos tan graves o más que los vinculados a la organización criminal (Carretero, 2011, p. 4).

Por último, debe recordarse que la Sentencia STS 694/2011, de 24 de junio, puntualiza que: «El grupo criminal aparecería como una noción residual respecto a la organización criminal, caracterizado aquél por la ausencia de las notas definitorias antes mencionadas; a saber; estabilidad y reparto funcional». Sobre dicho carácter residual también la Circular de la Fiscalía General del Estado N.º 2/2011, manifiesta que

El concepto de grupo criminal se define, por tanto, como una figura de carácter residual frente al de organización criminal, que si bien se asemeja a la organización en el sentido de conformarse por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos o reiterada de faltas, se construye sobre las notas negativas de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, de modo que basta, pues, la no concurrencia de uno de los elementos estructurales del tipo de organización delictiva, para que nos encontremos ante un grupo criminal.

Como se puede apreciar, el nuevo tipo delictivo de grupo criminal se encuentra en una escala inferior a la figura de organización criminal, pero, debe manifestarse, también se encuentra en una escala superior a la codelincuencia.

Similitudes entre la organización criminal y el grupo criminal. Como se advirtió en el apartado anterior, existen puntos convergentes en los que las nuevas figuras delictivas —grupo criminal y organización criminal—, por decirlo de alguna manera, se solapan entre sí, y, por consiguiente, es necesario desarrollar las convergencias que ambos delitos mantienen. Mostrar los puntos de acercamiento existente, y claro de separación que existen entre ambas figuras, permitirá tener una idea clara al respecto.

Naturaleza delictiva. En primer lugar, se encuentra un punto de convergencia como es el de la naturaleza delictiva, sobre el cual se manifiesta con mucho acierto el Tribunal Supremo al indicar que

El legislador reconoce que las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad. (STS 544/2012, de 2 de julio).

La jurisprudencia marca así una pauta para, en principio, poder separar los conceptos de organización y grupo criminal de la idea de asociación ilícita y, a su vez, resalta la similitud de la naturaleza intrínsecamente delictiva propia de los grupos y las organizaciones criminales. También, en una reciente Sentencia, afirma que: «la organización criminal y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de las de dos personas y finalidad de cometer delitos concertadamente» (STS 1233/2018, de trece de septiembre). Así las cosas, de las dos Sentencias citadas se pueden extraer que tanto la organización criminal y el grupo criminal desde el inicio de su creación son intrínsecamente delictivos, es decir, se crean solo con el propósito de cometer varios delitos. Dichos extremos son respaldados por la actual Sentencia de la Audiencia Nacional SAN 14/2016, de 20 de abril, y por la Sentencia STS 576/2014 de 18 de julio.

A su vez, la Fiscalía General del Estado, por medio de la Circular N.º 2/2011, hace referencia al fundamento expuesto en el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 23 de junio, sobre la tipificación del grupo criminal, cuando indica que dicho delito surge a raíz de que responde a fenómenos análogos —a la organización criminal— muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. Por ello, se definen los grupos criminales en el art. 570 *ter* como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero que sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus integrantes. Como se observa, la Fiscalía General se apoya en el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 para establecer que tanto la organización criminal como el grupo criminal no son similares pero que tienen en común una naturaleza delictiva, aunque no lo diga textualmente, se puede entender así porque indica que ambos aportan un plus de peligrosidad.

En suma, tanto la organización criminal como el grupo criminal tienen por objeto la comisión de delitos, la realización de acciones violentas, reiteradas, indeterminadas e indiscriminadas, y que los delitos que pretendan cometer los sujetos activos sean básicamente de naturaleza grave —pero no siempre es el caso del grupo criminal— (García, 2010, p. 558). La organización criminal se caracteriza por la agrupación de más de dos personas, es decir, tres como mínimo, la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada con aquella finalidad (Peris, 2015, p. 886). Estos elementos de los que se reviste la organización criminal muestran claramente su naturaleza delictiva y la predisposición de la organización o grupo criminal al delito.

Pluralidad de personas. El carácter colectivo o de grupo es muy propio de los delitos de organización y de grupo criminal, de donde surge que la pluralidad de personas es una exigencia siendo suficiente que sean tres personas, lo cual constituye un aspecto común a ambas figuras delictivas (Sánchez, 2011a, p. 1930). Además, como se manifestó, tanto en el caso de la organización criminal como en el grupo criminal se requiere la unión de más de dos, es decir, tres personas, y la finalidad de cometer concertadamente delitos. Entonces la ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las características de la organización, que, además de las notas de coincidencia de la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de funciones, línea interpretativa ésta que sigue la STS 719/2013 de 9 de octubre.

Ahora bien, en cuanto a la pluralidad de personas también se hace referencia a las agravantes en el art. 570 *bis* CP cuando dispone: «2) las penas previstas en el numeral anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización: a) Esté formada por un elevado número de personas», refiriéndose a un elevado número de personas. Lo mismo se establece para el grupo criminal en el art. 570 *ter*. A respecto, la doctrina se muestra crítica en relación con la agravante de un número elevado de personas, pues se considera que

él es indeterminado (García, 2010, p. 514). Incluso, de manera acertada se indica que este tipo agravado deja en la absoluta indefinición el número de sujetos activos exigibles para que la organización sea considerada una macro organización, inobservando el deber básico de certeza legal y comprometiéndose con ello la legitimidad de este precepto por infracción al principio de taxatividad, de certeza normativa, o prohibición de la indeterminación de la ley penal (Polaino-Orts, 2013, p. 111).

En definitiva, pues, la existencia de una pluralidad de personas para el desarrollo de un proyecto criminal facilita el desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas integrantes del mismo, lo cual dificulta la prevención y la persecución de los delitos cometidos por una organización o grupo criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad. Además, en el caso de las agravantes se debería determinar a partir de cuantas personas se considera un número elevado, con el fin de brindar certeza legal al texto.

Finalidad delictiva. Otro elemento que converge en ambos preceptos es el fin delictivo que da coherencia a los diferentes papeles y trabajos de cada integrante que, sólo sumados al final, explican y suponen el éxito de su actividad criminal conjunta (Velasco, 2011, p. 6). Desde luego, está claro que el adjetivo «criminal» de la organización denota que tiene por finalidad la comisión de delitos (graves). En teoría, la finalidad de las organizaciones es la que sustenta su estructura. Todos se unen para un determinado fin siendo este caso el fin criminal. Por eso, no se puede desligar la finalidad criminal del elemento de la organización, porque sólo las organizaciones con finalidad delictiva pueden reunir el tipo de injusto de la organización criminal (Zúñiga, 2009, p. 271). En todo caso, lo decisivo es que una pluralidad de personas persiga organizadamente unos objetivos contrarios a las leyes, es decir, ilícitos (García, 1978, p. 278). En ambos casos es necesario que la finalidad delictiva de la organización sea, de forma exclusiva o prácticamente exclusiva, la relación de actividades penalmente ilícitas, de modo que su estructura este plenamente preordenada a tal objetivo (Brandariz, 2009, p. 754). En el mismo sentido se manifiesta la STS 544/2012, de dos de junio;

y otra Sentencia reciente exige para la apreciación de una organización criminal, lo siguiente: «4) finalidad criminal: con el fin de cometer delitos de estas, en el mencionado caso sobre inmigración ilegal lo relevante para la concurrencia de las mismas es la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas» (STS 400/2018, septiembre 12).

Elementos diferenciadores entre organizaciones criminales y los grupos criminales

En este punto se busca delimitar el ámbito del grupo criminal diferenciándolo de la organización criminal, aunque la diferencia más evidente entre ellos reside en la estabilidad de las organizaciones y en la falta de estabilidad de los grupos criminales (García, 2010, p. 569). Otro factor diferenciador es la «estructura organizada» que posee la organización criminal, que puede ser variada frente a la transitoriedad propia del grupo criminal; en consecuencia, posee una carencia de estructura organizada (Faraldo, 2012, pp. 64-65). Si se contrastan ambas definiciones se deduce, sin lugar a duda, que las características que pueden faltar en el grupo criminal son: *a)* el carácter estable o indefinido y/o *b)* el reparto de funciones entre sus miembros y activistas (Olmedo, 2011, p. 1213). Ahora bien, actualmente la STS 431/2016 de 29 de mayo explica la diferencia entre el grupo criminal y la organización criminal en los siguientes términos: «El grupo criminal puede apreciarse, aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos. Se trata de una figura residual respecto de la organización criminal».

Como se mencionó, el grupo criminal posee una estructura generalmente de menor complejidad, una suerte de figura intermedia entre la codelinuencia y la organización criminal, en los términos apuntados para la banda o el grupo de delincuentes; ello responde al interés mostrado desde primer momento por la Unión Europea, preocupada por no limitar la criminalización a grupos con una estructura altamente desarrollada (Faraldo, 2012, p. 113). Aunque a primera vista los nuevos tipos delictivos de organización criminal

y grupo criminal aparenten similitud, en el presente apartado se precisan sus notas diferenciadoras que son básicamente dos.

El carácter estable o tiempo indefinido. Este es uno de los elementos diferenciadores entre la organización criminal y el grupo criminal, puesto que el primero tiene una estructura con vocación de permanencia, elemento exigido en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 (Fernández, 2013, p. 1). Por tanto, la estabilidad será uno de los elementos que lleve a distinguir entre una organización y un grupo criminal. Ahora bien, la falta de este elemento debe ser criticada, porque *stricto sensu* un grupo se puede definir como la agrupación de unos cuantos sujetos que en un momento determinado se aglutinan para la comisión de un solo delito, lo que de forma evidente no es acorde con la finalidad promulgada en la propia Exposición de Motivos, pues el plus de peligrosidad que representan los grupos criminales se deriva del carácter colectivo y de la facilidad de cometer los delitos (Fernández, 2013, p. 2).

En definitiva, la organización criminal tiene vocación la permanencia indefinida en el tiempo, mientras que el grupo, aunque permanezca estable durante cierto lapso, se caracteriza por su duración transitoria (Llobet, 2012, p. 697). Actualmente, sobre la misma línea y en similar sentido, se manifiesta la STS 309/2013 de primero de abril al afirmar:

El grupo criminal requiere igualmente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que, además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas.

La mención expresa a la «perpetración concertada de delitos» hace referencia a más de un delito, lo que produciría cierta estabilidad del grupo criminal. En todo caso, se tendrá que conseguir delimitar el ámbito de actividad del grupo criminal diferenciándolo de la organización criminal, pues la distinción más evidente entre ellos reside en la estabilidad de las organizaciones y en la

falta de estabilidad de los grupos criminales (García, 2010, p. 569). Además, es interesante mencionar que la cierta estabilidad del grupo criminal lo aleja de la organización criminal y lo acerca más a la codelinuencia, lo cual produce un nuevo conflicto aplicativo como también interpretativo sobre el que se vuelve más adelante.

En todo caso no resulta tarea fácil distinguir entre grupo de tres o más personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas funciones con el fin de cometer delitos, y un grupo de tres o más personas que no tenga un carácter estable y tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos. Centrando la diferencia en el carácter estable o por tiempo indefinido de las organizaciones criminales y admitiendo que los grupos criminales deben tener cierta estabilidad para la comisión de varios delitos o la comisión reiterada, se podría decir entonces que la organización criminal tiene vocación de permanencia indefinida en el tiempo y que el grupo criminal puede permanecer estable durante cierto tiempo, pero que su duración es transitoria. Y las dudas surgen en torno a si esta diferencia puede fundamentar una regulación tan distinta de ambos fenómenos (García, 2010, p. 570); además, se debería cuestionar cómo se determina esa transitoriedad.

Como se observa en la STS 400/2018, de doce de septiembre, ella exige algunos requisitos para la determinación de una organización criminal entre los cuales está la estabilidad: «2) permanencia: con carácter estable o por tiempo indefinido». Así también se consigna en la STS 187/2013, de once de febrero, cuando se realiza una valoración sobre los elementos que configuran la estructura estable de la organización resultando de tal valoración lo siguiente:

(...) multiplicidad de actividades; diversidad de droga traficada; dispersión geográfica; pluralidad de lugares de almacenaje; fluidez y persistencia de las comunicaciones entre sus integrantes; estructura técnica para acondicionar vehículos. Criterios que con razón se fundamenta la mayor de las prudencias, llevan a confirmar la calidad de estabilidad y correspondiente organización.

Por último, se estima que el factor diferencial más evidente en la práctica es el de la estabilidad fruto y razón al mismo tiempo de una mayor musculatura organizativa de la organización y, por tanto, de cierta perspectiva de continuidad frente al carácter menos estructurado y estable del grupo, que no obstante ha de articularse más allá de la mera coparticipación criminal (López, 2015, p. 64). Así las cosas, si bien la estabilidad es un elemento diferencial entre ambos delitos debe cuestionarse que ella sea una diferencia central entre ambos tipos delictivos, puesto que siempre estará el problema de situar al grupo criminal en un limbo aplicativo entre la organización criminal y la co-delincuencia. Por tanto, el grupo criminal debe tener estabilidad al igual que la organización criminal porque tiene como objetivo la comisión de varios delitos.

El reparto de roles o división de trabajo. Un segundo elemento que diferencia a la organización criminal del grupo criminal es la división de trabajo, ésta se encuentra dentro del factor «organizativo» de manera que existe un reparto de labores que se esquematiza en la coordinación y distribución de los roles. Por ello, deben reconducirse exclusivamente a la organización criminal los casos donde se aprecie cierto grado de complejidad (Sánchez, 2008, p. 455). Por otro lado, cuando se habla de reparto de roles se debe tener presente la existencia de un colectivo que permite hablar de una organización. Es la existencia de este colectivo como realidad diferenciada la que hace posible la presencia de delitos de organización en su significado de injusto (Cancio, 2010, p. 156). Asimismo, la base —o carácter— estructural es una noción común a los delitos de organización. También desde la perspectiva general los delitos de organización apprehenden parte de la dimensión de injusto de esos delitos; en otras palabras: la existencia de la organización —criminal— en cuanto realidad que trasciende a la personalidad de sus integrantes, es un dispositivo que incrementa su peligrosidad (Cancio, 2010, p. 157).

Por ello, se ha dicho que el concepto concreto de organización es funcional. Así, pues, el contenido de la estructura que da lugar a la organización —criminal— depende, fundamentalmente, de su idoneidad para la realiza-

ción de los delitos que la caracterizan. De este modo, la determinación de lo que «son» viene marcada o determinada por lo que éstas «hacen» (Cancio, 2010, p. 158). La compleja estructura que posee la organización criminal en virtud del complejo grado de organización, pone de relieve el aspecto cuantitativo además del cualitativo que marca una de las diferencias entre la organización criminal y el grupo criminal. Dicho esto, se debe manifestar que el factor organizativo es un elemento intrínseco de la organización criminal, dentro del cual se desempeñan los diferentes roles de los sujetos que son parte componente o que integran la organización. Entonces, queda establecido que el reparto de roles o tareas dentro de la organización criminal no es casual, ni mucho menos fruto de la mera improvisación, sino todo lo contrario: constituye una de las principales notas características de la organización criminal.

La organización supone, pues, una distribución de roles y funciones, derechos y deberes, coordinados en un sistema organizacional y dirigidos al objetivo final. Esto supone la concurrencia de varios miembros o subsistemas. Es más, se debe indicar que la taxonomía organizacional es variada y puede ser *horizontal*, es decir, cuando intervienen sujetos con el mismo rango funcional, también *vertical* si se da en el caso de que los intervinientes sean de distinto rango jerárquico. La división de trabajo usualmente se realiza por la especialización de sus miembros lo que conduce a la profesionalización (Zúñiga, 2009, p. 29). Esta categorización de los integrantes en torno a su cualificación asegura la comisión del delito o delitos perseguidos por la organización, dado que se habla de una especialización o profesionalización de sus miembros.

Sobre la complejidad de la estructura organizativa la STS 1233/2018, de trece de septiembre, explica que:

Se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, la estabilidad y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión.

Por su parte, en lo referido al reparto de roles la STS 110/2012, de 29 de febrero, se pronuncia a este respecto al señalar lo siguiente:

Organizar equivale a coordinar personas y medios de la manera más adecuada para conseguir algún fin, en este caso la perpetración de delitos, cuya ejecución se plantea de forma planificada. Así, mediante la integración de unas y otros más funcional a tal objeto, y a través de la distribución del trabajo y de los recursos del modo más racional, se busca potenciar las posibilidades de actuación y el rendimiento de las aportaciones de aquellas. Aunque, en principio, nada impide que todos los que se integran en un proyecto de esta clase lo hagan en un plano de horizontalidad, lo más normal, a tenor de la experiencia, es que entre ellos rija un cierto principio de jerarquía, encarnado en quien ejerce el papel directivo, generalmente determinado por el control de los recursos.

En esta misma línea de reflexión también se pronuncia las STS 576/2014, de 18 de julio. Indistintamente del tipo de organización que presenten las organizaciones criminales —horizontal o vertical—, existe un reparto de funciones entre quien dirige y los demás miembros de la organización.

Toma de postura. Ciertamente, al momento de identificar el grupo criminal y de poder diferenciarlo de la organización criminal, han de establecerse cuáles son los elementos que por exclusión posibilitan la calificación de grupo criminal y que le dan una forma propia, frente a los que conforman la organización criminal. Para esto, se tienen que tener en cuenta los cuatro elementos que componen la organización criminal: 1) pluralidad de personas, 2) carácter estable o indefinido, 3) reparto de roles, y, 4) finalidad delictiva. A su vez, el Tribunal Supremo recuerda que con la reforma el legislador pretendía aportar instrumentos útiles estableciendo matices tanto de la organización criminal como del grupo criminal:

- 1) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del art. 570 *bis*.
- 2) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del art. 570 *ter*.

Así lo plasmó la Sentencia de la Audiencia Nacional 14/2016, de 20 de abril, y antes de ella la Sentencia del Tribunal Supremo 855/2013, de cinco de diciembre. De acuerdo con esta la figura de la organización criminal estaría dedicada a la criminalidad transnacional y la figura del grupo criminal a delitos de menor gravedad. No obstante, debe indicarse que con la reforma de 2015 los conceptos de organizaciones y grupos terroristas (art. 571) se redireccionan a los conceptos planteados para la organización y el grupo criminal (arts. 570 *bis* y *ter*), lo cual hace pensar que tal vez éste es el verdadero motivo para el surgimiento del grupo criminal en respuesta a las nuevas formas de terrorismo celular. Y no así a la denominada «pequeña criminalidad» a la que hace mención la referida Sentencia.

Desde otra perspectiva la STS 426/2014, de 28 de mayo, entre muchas otras considera y marca el camino para la identificación tanto de la organización o grupo criminal al establecer:

La organización criminal se caracterizaría por la agrupación de más de dos personas, la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada, con aquella finalidad. El grupo criminal requiere igualmente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que, además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas.

Pues bien, los mencionados criterios de diferenciación giran en función de disposiciones internacionales tales como Naciones Unidas y la propia Unión Europea. En consecuencia, el nuevo tipo delictivo de agrupación criminal se encontraría en una especie de limbo aplicativo, es decir, se halla a caballo entre la codevincuencia y la organización criminal. Sin duda, esta dificultad aplicativa gira en torno a un concepto ciertamente flexible del delito de grupo criminal, porque no se puede olvidar que el art. 570 *ter* establece: «Se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal (...)

tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos». En todo caso, para evitar conflictos interpretativos, así como aplicativos, se debe prescindir solo del carácter estructurado u organizativo y, además, exigir en el grupo criminal también un carácter estable o indefinido, lo cual brinda una pauta más concreta para separarla de la codelinquencia y, en su defecto, de la conspiración.

La delimitación entre el grupo criminal y la codelinquencia

Al encontrarse el grupo criminal en un punto intermedio entre la organización criminal y la codelinquencia, es necesario delimitarlo —si es posible— de los supuestos de mera codelinquencia. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 309/2013, de primero de abril, indica:

Es necesario, entonces, distinguir el grupo criminal de los supuestos de mera codelinquencia, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera sólo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal.

La jurisprudencia ya había advertido antes de la reforma penal de 2010 la diferencia entre lo que denominaba grupo organizado y la mera codelinquencia; al respecto, se puede mencionar la STS 356/2009, de siete de abril, que:

Se encarga de distinguir el concepto de grupo organizado de la mera codelinquencia, supuesto este último que aparece a menudo en operaciones aisladas que, presentando una mínima complejidad, precisan, sin embargo, de la contribución o actividad de varias personas coordinadas al mismo fin. La mera codelinquencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos que superan los habituales en supuestos de delitos semejantes.

Se debe observar que esta Sentencia hace referencia a la organización criminal como se conoce en la actualidad —puesto que es una decisión anterior a la reforma penal—, por tanto, solo sirve para delimitar la organización criminal de la codelincuencia y no así el grupo criminal con la codelincuencia. Una Sentencia reciente, la STS 378/2016 de tres de mayo, estima que en la legislación española la distinción entre el grupo y la codelincuencia es clara:

El grupo más o menos vertebrado tiene por finalidad la comisión de delitos y por tanto una cierta estabilidad, y la codelincuencia tiene por fin la comisión de un delito, al tiempo que indica que se traspasa el concepto de codelincuencia para integrar el grupo, cuando existen unas vinculaciones entre las personas que participan en los delitos enjuiciados que van mucho más lejos de lo ocasional, esporádico o episódico.

Aquí se tropieza con las mismas falencias al momento de diferenciar entre grupo criminal y codelincuencia, pues se habla de cierta estabilidad y carácter más o menos vertebrado, es decir, no se fija un concepto claro de grupo criminal en el cual se tenga en cuenta el carácter estable.

Un punto para tener en cuenta también al momento de diferenciar el grupo criminal de la codelincuencia, es que un grupo criminal no está formado fortuitamente para la comisión inmediata de un solo delito. Así lo indica la STS 576/2014, de 28 de julio:

Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontramos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización. Esta Sentencia hace un guiño al carácter estable que debería exigirse en el grupo criminal como venimos indicando.

Haciendo un breve paréntesis referente a la coautoría y a la codelincuencia, debe decirse que la primera no es sinónimo de codelincuencia a pesar de que a veces se confunden ambos elementos: el primero, alude a la presencia de dos o más autores en la realización de un delito; el segundo, a la intervención de dos o más intervinientes, sean o no autores. Entonces el término codelincuencia es, pues, más amplio que el de coautoría: en consecuencia, todo supuesto de coautoría es un caso de codelincuencia, aunque la codelincuencia

no tiene que ser necesariamente coautoría (Polaino, 2016, p. 265). En este contexto, también debe abordarse la distinción entre el grupo criminal y la mera coautoría para la solución de un delito concreto. En efecto, el concepto de grupo criminal no puede ser equiparado al de simple coautoría, esto es, a la mera participación en el hecho de una pluralidad de personas (Choclán, 2000, p. 8).

En suma, sobre la codelincuencia y el grupo criminal, debe recordarse que para la doctrina italiana la diferencia finca en que en el primero existe un simple acuerdo, mientras que la segunda se distingue por la nota de la organización orientada a la comisión de más delitos (Cuenca, 2012, p. 1). En todo caso, pues, el grupo criminal trasciende la comisión de un solo delito porque se creó con esa finalidad, en cambio la codelincuencia tiende a ser más fortuita y dirigida a la comisión de un solo delito.

Excursus sobre la diferencia entre grupo criminal y conspiración

Se parte indicando que la conspiración supone un proceso en el que varios sujetos se encuentran y del intercambio de ideas y propósitos nace —entre ellos— una decisión firme y precisa de ejecutar el delito, es decir, de hacer algo juntos que de otra manera no lo harían por separado (Cuello, 1978, p. 14). En este caso la meta, el delito, es decisión de todos los conspiradores, sin que pueda hablarse de corrupción en el sentido de que alguno determine a otro, o todos se determinen entre sí, a realizar algo contrario a su personalidad. No se trata de una inducción mutua, por el contrario, pues la comisión del delito no es sino producto de las diferentes personalidades consideradas autónomamente (Cuello, 1978, p. 16).

Desde un punto de vista positivo, existen similitudes entre grupo criminal y conspiración, esto porque no se hace referencia propiamente al sujeto activo plural, integrado por al menos dos personas. Tal como se configura la conspiración, no existe conspiración individual (de una sola persona) sino conspiración plural, los sujetos que conspiran han de acordar resolver colecti-

vamente la ejecución de un delito: se precisa el acuerdo plural o colectivo, de manera que la resolución criminal es conjunta, fruto de una deliberación por parte de todos los conspiradores (Polaino, 2016, p. 214). Además del carácter plural de personas, otra similitud que se debe resaltar es el carácter anticipado de ambos delitos, esto como primera pauta. Lo que se trata de impedir con la punición de la conspiración es el peligro que supone que varias personas se crean situadas por encima del Ordenamiento jurídico, es decir, piensen que éste no les puede alcanzar con sus sistemas de sanciones, porque el sólido grupo que forman es más «fuerte» que aquél (Cuello, 1978, p. 17).

Un elemento diferenciador se encuentra en la comisión de más de un delito por parte del grupo criminal, manifestando su idoneidad delictiva y denotando cierto grado de organización, situación que no se plasma en la conspiración (García, 1978, p. 238) que dirige su proyecto criminal a la finalidad de comisión de un delito concreto (Suárez, 2012, p. 110). El comportamiento típico en el caso del grupo criminal apunta al hecho de la relativa organización, pues la naturaleza delictiva determina que constituyen el objeto social y no los propósitos individuales de los socios (García, 1978, p. 239).

Por último, es importante puntualizar que la conspiración solo se aplica en casos previstos expresamente por la ley penal española, excluyendo de la misma claramente a los grupos criminales, porque solo se aplica en los siguientes delitos: delitos de asesinato o de homicidio art. 281, lesiones art. 13, detención ilegal y secuestro art. 166, trata de seres humanos art. 177 *bis*, robo art. 237, extorsión art. 243, estafa art. 248 y ss., apropiación indebida art. 253, blanqueo de capitales art. 301, tráfico de drogas art. 368, rebelión, delitos contra la corona art. 485, asociación ilícita art. 515, sedición art. 544, terrorismo art. 573 y, para culminar, traición 581 y ss. (Escríhuela, 2011, pp. 1-2). En suma, la conspiración se produce antes de la consumación del delito porque si se consume dicho delito proyectado ella pierde todo sentido, en cambio el grupo criminal subsiste a la conspiración porque está orientado no solo a un delito sino a varios.

Conclusión

La reforma penal de 2010 trajo consigo nuevos tipos penales que lejos de resolver la problemática de la criminalidad organizada solo la complicaron más. En la posterior, con la reforma de 2015, se realizó un cambio leve suprimiendo las «faltas reiteradas» en los delitos de organización criminal y grupo criminal. En esta normativa se pretendió delinear dicha problemática, buscando identificar tanto elementos coincidentes como diferenciadores de estos nuevos tipos delictivos incorporados por el legislador. En este sentido, se debe indicar que entre la estructura de la organización criminal y la de las asociaciones ilícitas, existe un conflicto interpretativo entre los arts. 570 *bis* y 515.1º, debido a que éste último menciona expresamente a asociaciones u organizaciones que se constituyan para cometer delitos, aspecto que sería propio de la organización criminal, por tal razón se debería considerar la posible derogación del numeral 1º del art. 515 por ser redundante, máxime si el hecho de constituir una organización y que se busque posteriormente cometer delitos lleva directamente al precepto de la organización criminal. Es más: Si bien el fundamento reside en que su configuración está dirigida contra delitos de manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación, que consagra el artículo 22.1 de la Constitución española, se debe manifestar que ésta no responde ni a la letra ni al espíritu de esta norma, puesto que ya existen otros numerales del mismo artículo que ya protegen esos derechos.

Así mismo, es un tanto más espinosa la delimitación típica en relación con el grupo criminal de los arts. 570 *ter* y el 570 *bis*, pues ambos comparten características como las siguientes: La naturaleza delictiva, la existencia de una pluralidad de personas que interactúan entre sí, y la finalidad delictiva. Aunque el aspecto diferencial más evidente estaría representado por el carácter estable o indefinido que posee la organización criminal y del que carece el grupo criminal, además de la compleja división de trabajo existente en la organización criminal y que en el caso del grupo criminal es muy relativa y hasta mínima. Aunque, adviértase, el carácter estable sería indispensable en el grupo criminal máxime si se trata de diferenciarlo de la codelincuencia. Sobre

la misma línea, la delimitación del grupo criminal y la codelinquencia gira en principio en función de que el grupo criminal pueda estar más o menos vertebrado y tenga por objeto cometer más de un delito —lo que lleva nuevamente a insistir en torno al carácter estable—, en tanto que la codelinquencia expresa la comisión delictiva por dos o más de dos personas, pero para la comisión de un solo delito. Por último, en lo que respecta a la conspiración, ésta tiene un carácter anticipado porque se produce antes de la ejecución de un delito y pierde todo sentido si se consume el delito, lo contrario sucede en el grupo criminal que como se sabe se proyecta para la comisión de más de un delito.

Referencias

- Brandariz, J. Á. (2009). Asociaciones y organizaciones criminales. Las discusiones del art. 515.1 y la nueva reforma penal. Álvarez, F. J. (Dir.): *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. Política criminal europea* (pp. 725-758). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cancio, M. (2010). *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editorial Reus.
- Carretero, A. (2011, febrero 2). La organización y el grupo criminal en la reforma del Código penal. *Diario La Ley*, N.º 7560, Sección Tribuna, 1, 1511-1513.
- Choclán, J. A. (2000). *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*. Madrid: Dykinson.
- Colina, E. I. (2012, marzo). Análisis jurídico conceptual del «grupo criminal». *Derecho penal y Criminología*, (2), 49-56.
- Corcoy, M. et al. (2011). *Derecho penal. Parte especial, doctrina y jurisprudencia con casos solucionados* (T. I). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cuello, J. (1978). *La conspiración para cometer el delito: interpretación del art. 4, I, CP (los actos preparatorios de la participación)*. Barcelona: Bosch.
- Cuenca, M.^a J. (2012, mayo). La criminalidad organizada tras la Reforma del Código español: una visión desde el Derecho italiano. *Diario La Ley*, N.º 93, Sección Legislación aplicada a la práctica, 1.
- De la Cuesta, J. L. (2013). Tratamiento de la delincuencia organizada en España: en particular, tras la reforma penal del 2010. *Revista Criminalidad*, enero-abril, 55(1), 81-98.

- Del Rosal, B. (2005). Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Cobo, M. (coord.), *Derecho penal español. Parte especial* (2ª ed., pp. 1053-1060) Madrid: Dykinson.
- Escrinhuela, F. J. (2011). Formas de aparición del delito. *Todo Penal, Diario La Ley* (pp. 1-2). Madrid: Editorial La Ley.
- Faraldo, P. (2012). *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Faraldo, P. (2013). Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita, en Villacampa, C. (coord.): *La delincuencia organizada: Un reto a la Política criminal actual* (pp. 45-92). Cizur-Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Fernández, R. (2013, abril). Los grupos criminales: la sinrazón de una reforma. *Diario La Ley*, N.º 8060, 11-4, Sección Tribuna, 1-2.
- García, V. (2010). Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales. Ortiz de Urbina, Í. (coord.): *Memento experto. Reforma penal 2010* (cap. 25, Nos. 5700-6009). Santiago de Compostela: Ediciones Francis Lefebvre.
- García, N. (2010). Organizaciones y grupos criminales. Álvarez, F. J. y González, J. L. (Coords.): *Comentarios a la Reforma penal de 2010* (pp. 503-520). Valencia: Tirant lo Blanch.
- García, A. (1976). *La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas*, ADPCP, tomo 29, 88-116.
- García, A. (1978). *Asociaciones ilícitas en el Código penal*. Barcelona: Bosch.
- Gil, J. (2005, octubre). La criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita. Referencia al delito de blanqueo de capitales. *La Ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, (20), 27-36.
- González, J. J. (2012). La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma, *Anales de Derecho*, (30), 15-41.
- González, J. J. (2013). Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la Reforma de 2010. González, J. J. (Dir.): *La criminalidad organizada* (pp. 93-118). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Llobet, M. (2012). Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupos criminales y delitos de terrorismo. Silva, J. M. (Dir.): *El nuevo Código penal, comentarios a la reforma* (pp. 671-724). Madrid: La Ley.
- López, J. (2015). *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*. Madrid: Dykinson.

- Martell, C. y Quintero, D. (2010). De las organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quater). Quintero, G. (Dir.): *La Reforma penal de 2010: Análisis y comentarios* (pp. 357-368). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Núñez, E. (2013). *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas. Sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olmedo, M. (2011). Delitos contra el orden público (VI). Morillas, L. (Dir.): *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson.
- Peris, J. (2015). Delitos contra el orden público y contra la comunidad internacional. Morillas, L. (Dir.): *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/ 2015)*. Madrid: Dykinson.
- Polaino, M. (2016). *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (t. II). Madrid: Tecnos.
- Polaino-Orts, M. (2013). *Curso de Derecho penal del enemigo, delincuencia grave y exclusión social en el Estado de Derecho*. Sevilla: Edición Digital @tres, S. L.
- Rodríguez, J. M. y Serrano, A. (1994). *Derecho penal español. Parte especial* (17ª ed.). Madrid: Dykinson.
- Sáinz-Cantero, J. E. (2011). Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales. Morillas, L. (coord.): *Sistema de Derecho penal español. Parte especial* (capítulo 66). Madrid: Dykinson.
- Sánchez, I. (2005). *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson.
- Sánchez, I. (2008). *Problemas de legitimidad de una respuesta excepcional frente a las organizaciones criminales*. Cancio, M. y Pozuelo, L. (coord.), *Política criminal en vanguardia, inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada* (pp. 451-494). Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- Sánchez, I. (2011). Artículo 515. Gómez, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal* (2ª ed., pp. 1794-1799). Valladolid: Lex Nova.
- Sánchez, I. (2011a). De las organizaciones y grupos criminales. Gómez, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal* (pp. 1921-1939), 2ª ed. Valladolid: Lex Nova.
- Suárez, J. M. (2012). Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal de la criminalidad organizada, en *Anales de Derecho*, N.º 30, 90-117.
- Velasco, E. (2011). Crimen organizado: organización y grupos criminales tras la reforma del Código penal en la LO 5 / 2010. *Diario La Ley*, N.º 86, Sección estudios, octubre 2011, 1-2.
- Zúñiga, L. (2009). *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares S. L.

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

STS 234/2001 de 3 de mayo, (Roj: STS 3587/2001).
STS 1075/ 2006, de 23 de octubre.
STS 109/2012, de 14 de febrero, (Roj: STS 1204/2012).
STS 110/2012, 29 de febrero, (Roj: STS 1418/2012).
STS 187/2013, de 11 de febrero, (Roj: STS 1914/2013).
STS 309/2013, de 1 de abril, (Roj: STS 1840/2013).
STS 356/2009, de 7 de abril, (Roj: STS 2074/2009).
STS 378/2016, de 3 de mayo, (Roj: STS 1912/2016).
STS 426/2014, de 28 de mayo, (Roj: STS 2244/2014).
STS 544/2012, de 2 de julio, (Roj: STS 4686/2012).
STS 576/2014, de 18 de julio, (Roj: STS 3131/2014).
STS 576/2014, de 28 de julio, (Roj: STS 3131/2014).
STS 694/2011, de 24 de junio, (Roj: STS 4863/2011).
STS 719/2013, de 9 de octubre.
STS 431/2016, de 19 de mayo, (Roj: STS 2291/2016).
SAN 14/2016, de 20 de abril, (Roj: SAN 1394/2016).
STS 310/2018 de 26 de junio, (Roj: STS 2753/2018).
STS 372/2018, de 19 de julio, (Roj: STS 3047/2018).
STS 1233/2018, de 13 de septiembre (Roj: ATS 11366/2018).
STS 400/2018, de 12 de septiembre (Roj: 3160/2018).

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (ESPAÑA)

Circular de la Fiscalía General del Estado N.º 2/2011, de 2 de junio.

Las víctimas invisibles ante la Justicia penal internacional

Ana Beltrán Montoliu*

Resumen: El presente trabajo analiza el papel que las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos desempeñan ante la justicia penal internacional. Concretamente, se pretende abordar un análisis sobre la evolución jurisprudencial que se ha producido en relación con los crímenes internacionales y el enjuiciamiento de los principales responsables. En este sentido, la violencia que se ejerce contra mujeres y niños en los conflictos armados es una realidad ya que son objetivos e instrumentos de guerra. La implementación de los derechos de estas víctimas especialmente vulnerables en el proceso penal ha propiciado y generado un cambio significativo en la tutela judicial al prever mecanismos judiciales que implican y suponen un progresivo reconocimiento de la existencia de este tipo de violencia, y el fin de la impunidad.

Palabras clave: Víctima, menores, crímenes sexuales internacionales, violencia contra mujeres y niños, Corte Penal Internacional, proceso penal.

Abstract: This paper analyzes the role that victims of massive violations of human rights play before international criminal justice. Specifically, it intends to address an analysis of the jurisprudential evolution that has taken place in relation to international crimes and the prosecution of the main perpetrators. In this sense, violence against women and children in armed conflicts is a reality since they become targets and instruments of war. The implementation of the rights of these especially vulnerable victims in the criminal process has led to and generated a significant change in judicial protection by providing judicial mechanisms that imply a progressive recognition of the existence of this type of violence, and the end of the impunity.

Keywords: Victim, children, sexual international crimes, violence against women and children, International Criminal Court, criminal procedure.

* Doctora en Derecho y Licenciada en Traducción e Interpretación, defendió su tesis doctoral sobre El derecho de defensa ante la Corte Penal Internacional, la cual fue publicada posteriormente en la editorial Tirant lo Blanch bajo el título «La Defensa en el plano internacional de los grandes criminales». Correo: beltrana@uji.es.

Introducción

La violencia ejercida contra mujeres y niños a nivel mundial, regional y local, es una realidad que persiste desde los orígenes de la humanidad y que repercute en toda la sociedad, dejando secuelas de difícil superación. Es cierto que en las últimas décadas, ante manifestaciones de violencia extrema, la comunidad internacional ha reaccionado condenándola de forma unánime, aunque la respuesta judicial, sin embargo no haya aportado una solución rápida (Pinherio, 2006, p. 3). Se trata de víctimas especialmente vulnerables, de modo que es imprescindible prestarles una atención particularizada en el proceso penal con el objeto de reforzar su posición y garantizar sus derechos de forma efectiva. En este sentido la violencia ejercida contra las mujeres, puede clasificarse en distintas tipologías, de modo que se puede diferenciar entre la violencia por un compañero sentimental, la violencia sexual y acoso, la trata de seres humanos, la mutilación genital femenina, y los matrimonios forzados.

Siguiendo en esta línea, todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida libre de violencia (Convención de los Derechos del Niño, art. 19), de modo que se requiere la adopción de mecanismos por parte de los ordenamientos jurídicos, que los protejan frente a violaciones de sus derechos. Debe por consiguiente garantizarse la protección infantil contra la violencia, la explotación y el abuso.

Por otro lado, entre las causas estructurales que aparecen en la violencia contra las mujeres, podemos destacar el patriarcado y las relaciones de dominación, los factores culturales y las desigualdades económicas. Asimismo, es preciso advertir que se reconoce como una forma de discriminación y violación de los derechos humanos de las mujeres siendo necesario establecer mecanismos para evitar la impunidad de los responsables. No podemos olvidar que tradicionalmente estas víctimas se han caracterizado por ser invisibles ante la justicia penal internacional. En este sentido, por solo mencionar un dato impactante, a nivel mundial, se estima que al menos 200 millones de mujeres y niñas han sufrido algún tipo de mutilación/ablación genital femenina en 30 países.

En Europa el panorama tampoco es alentador, donde se alerta de que un 22% de las europeas ha sufrido violencia machista de su pareja. Todos estos datos reflejan que es necesario combatir las distintas manifestaciones de violencia desde diferentes perspectivas tanto a nivel nacional como internacional. Casos como los de *Sepur ZarcoK* (2016), (que constituyó la primera condena en Guatemala por crímenes sexuales en la guerra), el caso de *Habré Hissene* (2016), en Chad (condenado a cadena perpetua y confiscación de todos sus bienes por crímenes de guerra, torturas, crímenes contra la humanidad, violación y esclavitud sexual), o el caso contra *Boko Haram* (2017), por secuestro y esclavitud sexual, demuestran que la sociedad está comenzando a reconocer ante la justicia los derechos de las víctimas (Biglio & Vogelstein, 2017, pp. 21-22).

Violencia contra mujeres y niños en los conflictos armados

Partiendo de esta delimitación, la violencia que se ejerce contra las mujeres en los conflictos armados, puede consistir en toda clase de violencia física, sexual o psicológica y se utiliza con distintas finalidades, tales como forma de tortura, con el objeto de causar lesiones, extraer información, degradar, intimidar o destruir comunidades, humillar a los oponentes, como «esposas» para recompensar a los combatientes, etc. (Wolfe, 2014). Se trata de un fenómeno que incide directamente en la sociedad por los devastadores daños que genera, como hemos mencionado *supra*, no solo en la persona afectada sino también en toda la comunidad en la que se integra y que se prolongan en el tiempo (Aafjes, 1998, pp. 11-22). Ahora bien, una de las principales dificultades que se encuentra en este ámbito es la falta de documentación sobre estos crímenes, bien por la propia falta de denuncia de las víctimas que se sienten avergonzadas y estigmatizadas, bien por motivos de seguridad al continuar el conflicto.

La violencia sexual varía dependiendo de la zona, aunque persisten incidentes en casi todas las regiones del mundo, siendo una realidad que los crímenes sexuales y por motivos de género aparecen siempre en los conflictos

armados (Ferrer, 2012). Por consiguiente, la comunidad internacional ha reaccionado ante este tipo de violencia para adoptar medidas concretas y proceder al enjuiciamiento de los principales responsables de estas atrocidades, produciéndose una evolución de los delitos sexuales en el Derecho Internacional al reconocerse como crimen de lesa humanidad la violación en los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y del Tribunal Penal Internacional de Ruanda (TPIR) y siendo necesario todavía avanzar desde la perspectiva penal y procesal.

Por otra parte, en el caso de la violencia contra los niños en los conflictos armados, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha identificado y determinado seis categorías de violaciones, en concreto: la matanza o mutilación de niños, el reclutamiento o utilización de niños soldados, la violencia sexual contra los niños, los ataques a las escuelas u hospitales, la denegación del acceso de los niños a la ayuda humanitaria y el secuestro de niños. Se observa que los niños se han convertido asimismo en un objetivo, de modo que es prioritario la prestación de servicios de apoyo para los que han sido víctimas de vulneraciones y abusos en situaciones de conflicto armado.

En este contexto, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) es el primer instrumento de derecho internacional que recoge disposiciones en las que se reconocen diversas formas de crímenes sexuales e incluye una lista de crímenes sexuales y por motivos de género como crímenes de guerra relacionados con conflictos armados. Es importante recalcar que el ECPI amplía la lista de crímenes sexuales por motivos de género entendidos como crímenes de lesa humanidad incluyendo no solo la violación, sino también otras formas de violencia sexual. Por último, hay que tener en cuenta que cuando este tipo de delitos sean perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal pueden también constituir actos de genocidio, aunque no se haya expresamente previsto en esta categoría. Estamos ante crímenes internacionales que por su naturaleza afectan a numerosas víctimas, de modo que con el objeto de eliminar la impunidad se deberán respetar los derechos de la tríada justicia, verdad y reparación.

La Corte Penal Internacional: especial protección a las cuestiones de género y menores

Aspectos generales. En el plano internacional, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha aprobado varias resoluciones sobre la mujer, la paz y la seguridad internacional. Su finalidad es precisamente recordar la gravedad de los delitos contra la mujer y de género y hacer especial hincapié en la importancia de la participación de las mujeres en todas las fases de la prevención de conflictos, resolución y recuperación.

Partiendo de esta premisa internacional, el ECPI incluye disposiciones que integran una perspectiva de género, al contemplar expresamente la necesidad de una representación equilibrada de magistrados hombres y mujeres, teniéndose en cuenta la necesidad de que se integren en la Corte magistrados que sean juristas especializados en temas concretos, entre otros, la violencia contra las mujeres o los niños. En relación con la Oficina de la Fiscalía, se exige el nombramiento de asesores jurídicos especialistas en violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños (ECPI, art. 42.9 ECPI y RegOTP, norma 6).

En cuanto a las atribuciones del Fiscal durante las investigaciones, se indica que deberá adoptar medidas adecuadas para asegurar su eficacia y el enjuiciamiento de los crímenes competencia de la Corte. En este sentido, se prevé una especial atención a los intereses y circunstancias personales de las víctimas y tendrá en cuenta la naturaleza de los crímenes, en particular los de violencia sexual, por razones de género o contra los niños (ECPI, art. 54.1 b).

Para garantizar un buen funcionamiento de la Fiscalía en este ámbito, se establece la creación de una *Unidad de Género e Infancia* dentro de la División de Investigación, que está integrada por expertos en esta materia y cuya función primordial consistirá en proporcionar asesoramiento a la Fiscalía en las áreas relacionadas con violencia sexual, contra las mujeres y la infancia. Asimismo participará en los exámenes preliminares, investigaciones y acusaciones en estas áreas (RegOTP, norma 12).

La creación de una *Dependencia para la Protección de Víctimas y Testigos* responde a la necesidad de dotar a la Corte de un entorno absolutamente indispensable para poder asistir tanto a las víctimas como a los testigos desde una dimensión procesal y de ese modo velar por su protección y defender sus propios intereses. Entre las funciones de la Dependencia destaca: la adopción de medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género a fin de facilitar la participación de las víctimas de actos de violencia sexual en todas las fases del procedimiento; poner a disposición de la Corte y de las partes capacitación en cuestiones de trauma, violencia sexual, seguridad y confidencialidad; y tomar medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género para facilitar el testimonio de víctimas de actos de violencia sexual en todas las fases del procedimiento. También se encargará de la integración de personas expertas en cuestiones de género y diversidad cultural.

Competencia objetiva. En relación con la competencia objetiva relacionada con los crímenes sexuales (Brouwer, Römkens & Van der Herik, 2013; Zawatti, 2014; Eboe-Osuji, 2012) es significativo que en el ECPI se tuviera en cuenta la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales anteriores al definir una serie de delitos de género como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (Viseur, 2007). Son varias las contribuciones jurisprudenciales las que se han tenido en cuenta para incluir estos crímenes sexuales en el ECPI con una doble finalidad: contribuir a la erradicación de la violación y las agresiones sexuales como instrumento de guerra y conseguir la reinserción de las víctimas en sus comunidades (Torrecuadrada, 2016, p. 79).

Como primer antecedente, desde el punto de vista de tribunales penales internacionales, podemos destacar que el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente condenó a los generales Toyoda y Matsui como responsables por la comisión de violaciones en masa y agresiones sexuales de mujeres chinas en la ciudad de Nanking, cometidos por los soldados a su cargo, fatídico episodio conocido posteriormente como «La Violación de Nanking». Así mismo se condenó al ex Ministro de Exteriores de Japón, Hirota por tales atrocidades. Esta decisión junto a la sentencia en el caso Yamashita

de la Comisión Militar de Estados Unidos, supusieron el punto de partida en cuanto a la evolución en el reconocimiento universal en el Derecho internacional de prohibir la violación como una agresión sexual grave (Brouwer, 2005, pp. 199-200). Ahora bien, es criticable que la situación que padecieron las conocidas como *comfort women* haya sido ocultada durante décadas por el gobierno japonés y la comunidad internacional (Zorrilla, 2005, p. 17), no realizándose una investigación exhaustiva al respecto (Dolgopol, 1995; Parker & Chew, 1994).

A partir del funcionamiento de los Tribunales penales *ad hoc* se comenzó a reconocer la responsabilidad penal de los autores de crímenes sexuales (Gaggioli, 2014, pp. 503-538; Gil, 2016, pp. 202-215). En el TPIY se determinó que la violación era un acto constitutivo de crimen de lesa humanidad. Por otra parte, el TPIR contribuyó en el caso *Akayesu* de forma significativa al desarrollo de la jurisprudencia relativa a la violación como crimen de guerra formulando una definición general (Askin, 2005, pp. 1007-1018). Su relevancia se debe fundamentalmente a que se produce un replanteamiento de la violación como un atentado contra la seguridad personal de la mujer (Grewalk, 2012, pp. 373-396), no como una deshonra para la familia o la comunidad. Según el Tribunal la violación es una forma de agresión y los elementos principales del delito de violación no pueden recogerse en una descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo. Se define la violación como «una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona en circunstancias coercitivas». Además, estableció una definición de violencia sexual que incluye la desnudez forzada, afirmando claramente que los actos de violencia sexual no se limitan a la penetración y ni siquiera al contacto sexual. También se reconoció por primera vez que los actos de violencia sexual pueden ser perseguidos como elementos constitutivos de una campaña de genocidio.

En la CPI, se considera la violación como constitutiva de un crimen de lesa humanidad siempre que se cumplan los requisitos establecidos para este tipo (Brouwer, 2009, pp. 193-209): por un lado, que sea parte de un «ataque generalizado o sistemático contra una población civil» y, por otro «con co-

nocimiento de dicho ataque». Se ha evolucionado en esta caracterización y en los elementos concretos para que la violación y las agresiones sexuales se consideren crimen de lesa humanidad.

En el caso contra Thomas Lubanga Dyilo se perdió la oportunidad de pronunciarse por primera vez en materia de crímenes sexuales ya que la Fiscalía decidió no presentar cargos por crímenes sexuales contra el acusado, a pesar de la evidencia de que estos actos se habían producido durante el conflicto armado en Ituri (Dias, 2014a, p. 106). La cuestión se volvió más compleja cuando la Fiscalía, durante el juicio oral, intentó demostrar la existencia de crímenes, sin haber procedido a contemplarlos en su acusación. La sala decidió no pronunciarse al respecto, sin embargo la jueza Odio Benito, en su voto particular propone un razonamiento analógico para considerar los actos sexuales cometidos contra menores como una participación activa en las hostilidades (Dias, 2014b, pp. 20-46).

La primera condena por violación (Clark, 2016, pp. 667-687; Stewart, 2016, pp. 526-533; Van Der Vyver, 2010, pp. 241-247) ante la CPI se produce en el asunto contra *Jean-Pierre Bemba Gombo* e incide sobre la cuestión de que la violación puede ser calificada como un crimen contra la humanidad o como crimen de guerra, diferenciándose exclusivamente por elementos contextuales. El elemento objetivo de la violación permanece inalterado, dado que en ambos supuestos implica una relación sexual no consentida por la víctima, pero para que se considere crimen de guerra ha de cometerse en el marco que ofrece un conflicto armado internacional o interno y con la conciencia del violador de la presencia de «circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado». Se mantiene la irrelevancia del consentimiento matizando que su ausencia no se puede considerar un elemento del delito de violación y supone una condena por ser la persona que actuó como mando militar con autoridad y control efectivos sobre las fuerzas del Movimiento de Liberación del Congo que cometieron los crímenes que les habían imputado (Garrocho 2013, pp. 147-184; Kortfäll, 2015, pp. 533-579) y se destaca la necesidad de erradicar los crímenes sexuales como armas en los conflictos (Bensouda, 2016a).

En relación con otros crímenes sexuales, debemos indicar que en el caso de la esclavitud sexual (Torrecuadrada, 2016, pp. 108-124), partiendo de las experiencias previas, se considera como crimen de guerra o contra la humanidad, teniendo en cuenta los mismos parámetros ya apuntados. Sobre el tratamiento de la esclavitud sexual es especialmente interesante el caso *Katanga* al establecerse los elementos objetivos y subjetivos que deben examinarse para su determinación. Ahora bien, no se llegó a declarar la culpabilidad en los crímenes sexuales imputados porque según la Sala (Kapur, 2016, p. 76), no se pudo demostrar que formaran parte del plan de la milicia de atacar predominantemente a la población civil Hema de Bogoro. Respecto a los «matrimonios forzosos» (Jain, 2008, pp. 1013-1032), considera que no es un tipo diferente de la esclavitud sexual (Van der Wilt, 2016, pp. 269-283; Aptel, 2016, pp. 305-325; Tolbert & Smith, 2016, pp. 429-451), sino una manifestación de la misma.

En cuanto a la protección de los derechos de los menores, es imprescindible poner de relieve que el reclutamiento de niños se ha tipificado y reconocido como crimen de guerra. El Derecho Internacional Humanitario ha protegido al niño como miembro de la población civil, quedando expresamente prohibido reclutarlos, alistarlos y que participen directamente en las hostilidades, elevándose la edad hasta los 18 años. Este fenómeno denominado de los *niños soldado* es desgraciadamente una realidad que se ha visto intensamente aumentada en las guerras contemporáneas (Rodríguez, 2011, p. 225), alcanzando un desarrollo jurisprudencial relevante ante el Tribunal Especial para Sierra Leona, puesto que se trató del primer tribunal penal internacional que juzgó y condenó a personas por el uso de niños soldado (AFRC Trial). En 2012 este tribunal condenó a Charles Taylor (primer jefe de Estado en ser enjuiciado por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad desde Núremberg), ex presidente de Liberia y antiguo Señor de la Guerra por haber ayudado e instigado las guerras en Liberia y Sierra Leona entre 1991 y 2000.

Por otra parte en la CPI, téngase en cuenta que los delitos cometidos contra los niños en situaciones de conflicto aparecen de manera significativa en los autos de procesamiento en las situaciones de República Democrática

del Congo, Uganda y la República Centroafricana. El caso que ha generado más expectación al respecto ha sido el de Thomas Lubanga Dyilo, primera sentencia de la CPI, donde se le declaró culpable por reclutar y utilizar a niños soldados menores de quince años de edad en el conflicto de Ituri de 2002 a 2003, a 14 años de prisión, concediéndose así una mayor visibilidad a este fenómeno criminal (Dias, 2014a; Ambos, 2012). Téngase en cuenta que según UNICEF, actualmente se calcula que hay unos 300.000 niños y niñas soldado en los conflictos armados en todo el mundo, de modo que se debe considerar una prioridad la reintegración en la sociedad de niños, niñas y adolescentes liberados.

Desde esta perspectiva, dentro de la categoría de crímenes internacionales, podemos encontrar cuando se trata de violaciones masivas de derechos humanos contra los niños, crímenes de guerra (Bosco Ntaganda, violaciones y esclavitud sexual), crímenes contra la humanidad (Caso Corea del Norte donde se producen abortos forzados de mujeres embarazadas repatriadas de China en prisiones) o incluso genocidio, como es el caso de Siria, donde ISIS ha esclavizado sexualmente a más de 3000 mujeres y niñas yazidíes.

El caso de Siria es especialmente delicado puesto que si bien es cierto que se ha creado un *Mecanismo Internacional, Imparcial e independiente para ayudar en la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de los delitos más graves en virtud del derecho internacional cometidos en la República Árabe Siria desde marzo de 2011 (A/71/1.48)*, en 19 diciembre 2016, este mecanismo es limitado y la CPI no puede entrar a conocer del asunto, puesto que el veto de Rusia y China impide que el Consejo de Seguridad pueda remitirle la situación. Los datos y cifras que llegan en relación con los niños en este conflicto en particular son espeluznantes, de modo que entendemos ineludible la necesidad de activar un verdadero mecanismo judicial que ponga fin a la impunidad que estamos presenciando.

En definitiva, si bien es cierto que se está avanzando en el camino por conseguir un reconocimiento para las víctimas que han sido objeto de crímenes sexuales, todavía es necesario continuar persistiendo (Turan, 2016, pp.

29-47) en la necesidad de que el estigma que tradicionalmente se ha producido en las víctimas, se traslade a los responsables de estas atrocidades que no solo repercuten y destruyen a personas, sino que afectan a familias, a comunidades y a toda la sociedad (Bensouda, 2016b).

La Víctima en el proceso

Tradicionalmente la víctima en el marco de la justicia penal internacional (Gómez, 2015) no ha tenido un verdadero reconocimiento. Esta circunstancia ha cambiado de forma progresiva con el nacimiento de los tribunales penales internacionales y definitivamente a partir del sistema de participación procesal de la víctima en el proceso ante la CPI donde por primera vez se permite su intervención en las actuaciones como «participantes». Aunque no se haya logrado la condición de «parte», consideramos muy positiva la posibilidad que se les ha otorgado de poder intervenir activamente en las actuaciones judiciales y su participación en la fase de reparación representa una novedad respecto a experiencias previas (Ibrahimovic, 2014).

Concepto de víctima. Para poder entender el significado y alcance del papel de la víctima en el proceso penal ante la CPI (Fernández de Gurmendi, 2001, pp. 427-433), es necesario en primer lugar determinar una definición de víctima (RPP, regla 85):

- a) Por «víctimas» se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.

Es importante señalar que los textos legales de la CPI han prestado especial atención a los grupos más vulnerables, en concreto a los niños, ancianos y víctimas de violencia sexual concediéndoles una mayor protección (Ambos, 2012, pp. 8-9) y que la *Oficina Pública de Defensa de las Víctimas* vela por sus

intereses. Asimismo es preciso destacar que desde la Fiscalía se insiste en la necesidad de otorgar a estas víctimas una protección específica por sus particularidades, tal y como aparece reflejado en el *Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género* siguiendo con la misma dinámica que los tribunales penales anteriores.

De conformidad con la regla 85 a) RPP se establecen una serie de criterios para poder adquirir la condición de víctima (Vargas, 2013, pp. 4-100): la víctima debe ser una persona natural; haber sufrido daños, el crimen que produjo el daño debe ser competencia de la Corte; y debe existir una relación de causalidad entre el crimen y el daño sufrido. Para que una persona pueda ser considerada como víctima, ésta deberá presentar una solicitud ante la Secretaría (RPPCPI, regla 89.1). Tal solicitud se realiza mediante un formulario, aprobado por la Presidencia de la Corte y que deberá facilitarse a las víctimas, grupos de víctimas y ONGs a los efectos de que tengan la mayor difusión posible (RegCPI, normas 86.1 y 23.2). La solicitud de participación debe referirse a un procedimiento en concreto, siendo necesario que vuelva a realizarse otra solicitud en el supuesto de querer participar en otro procedimiento aunque se trate de casos relacionados.

Con el fin de agilizar la tramitación en las causas en las que el número de víctimas sea muy elevado, se permite la presentación de unos formularios colectivos (*collective approach*) mediante una solicitud conjunta y a través de un modelo simplificado cuando por las circunstancias concretas del caso lo estimen oportuno.

Cuestiones generales de la participación de la víctima en el proceso.

Las víctimas tienen la posibilidad de participar en las actuaciones procesales de forma genérica (ECPI, art. 68.3) con expresa referencia a las fases del juicio que considere conveniente (RPP, regla 83). Esa forma de participación se materializa en la posible presentación y consideración de sus opiniones y observaciones, siendo posible y condicionada a que las víctimas vean sus intereses personales afectados, y siempre que no suponga un detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible

con estos. La participación de las víctimas debe ser significativa, no pudiendo quedarse en una mera formalidad sin contenido o simbólica. Obviamente, se trata de permitir, en la medida de lo posible, el reconocimiento de las víctimas y cuando se trata de víctimas de crímenes sexuales aun es más significativo (Rubio, 2016, p. 141).

Con este objetivo se ha garantizado que las víctimas tengan derecho a la libre elección de abogado que las represente (RPP, regla 90), aunque ciertamente con sujeción a ciertos límites. En primer lugar, el abogado deberá cumplir los requisitos exigidos en la regla 22.1 RPP. Además, en el supuesto de que exista un número elevado de víctimas, la Sala puede solicitarles, con el objeto de garantizar la efectividad del proceso, que designen a uno o varios abogados para que les representen de forma unificada. Por último, cuando el interés de la justicia así lo requiera, la Sala, tras consultar con la Secretaría, podrá nombrar a un abogado para las víctimas (RegCPI, norma 80.1).

Finalmente, debemos indicar que el presupuesto imprescindible para que se pueda hablar de una verdadera participación, será la notificación (RPPC-PI, regla 16.1a) a las víctimas y a sus representantes legales de todas aquellas decisiones que sean significativas (RPPCPI, regla 92). Correlativamente se contempla el acceso de los abogados de las víctimas a los autos, estando este derecho sujeto a restricción respecto a los documentos confidenciales y de protección de la seguridad nacional de algún Estado (RPP, regla 121.10). Asimismo se permite acceder a las transcripciones de las vistas (RPP, regla 131.2).

En los casos de violencia sexual, precisamente por las dramáticas características que rodean estos delitos y por su alarmante frecuencia y gravedad en tiempos de guerra, los principios de prueba precisan de una regulación aparte, recogiendo la ya asentada posición en el caso del consentimiento, ya que no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y genuino; cuando la víctima sea incapaz; y, por último, cuando calle o no ofrezca resistencia (RPPC-

PI, regla 70). Por otro lado, la credibilidad, honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no dependerá de su comportamiento sexual anterior o posterior. Tampoco se aceptarán pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o testigo (RPPCPI, regla 71).

Particularidades en los crímenes sexuales. Como ya se ha indicado en diversas ocasiones, las víctimas especialmente vulnerables requieren de una mayor protección, asesoramiento y atención por sus propias particularidades. Cuando además se trata de crímenes sexuales, esta tipología delictiva, en sus distintas manifestaciones lleva aparejada asimismo dificultades intrínsecas que se reflejan en el proceso penal.

La primera problemática la encontramos aparejada al hecho de la falta de presentación de las denuncias. Así los datos estadísticos que muestran a menudo las instituciones, representan, lo que gráficamente se describe en la violencia de género como la punta del iceberg, aunque, entendemos que se puede trasladar al resto de violencia contra las mujeres en cierto modo en cuanto a que los casos que trascienden siguen suponiendo que existe una visibilidad muy limitada. Esta falta de denuncias se debe a factores sociales, culturales o religiosos. El silencio de las víctimas es una trágica realidad que no es fácil de superar, pues actúa como un velo ocultando los crímenes que su memoria no es capaz de recordar. Ahora bien, si se proporcionan los instrumentos asistenciales adecuados, con el tiempo es posible averiguar la magnitud de lo que les ha sucedido (Ellis, 2007, p. 225).

La estigmatización de las víctimas es otro de los factores a tener en cuenta por parte de la Fiscalía, consciente de que éstas pueden correr además el riesgo de ser discriminadas, excluidas de sus familias y comunidades e incluso puede producirse en casos extremos daños físicos u otras represalias, como sucede en Darfur (Sudán) donde las mujeres se exponen al peligro de ser acusadas de adulterio.

Estos indicadores se traducen además en una insuficiencia de investigaciones en el plano interno, a veces debidas a la continuación del conflicto

armado, de modo que la obtención de datos se complica por las operaciones militares en curso, como por ejemplo sucede en Iraq. Esto repercute negativamente en la recopilación de pruebas tanto forenses (exámenes clínicos, epidemiología forense y autopsias) como documentales (vídeos, notificaciones oficiales, informes de expertos, etc).

Por otra parte, se detecta un nivel inadecuado o muy limitado de los servicios de apoyo en algunas situaciones, como puede ser el caso de Colombia, donde se detecta la escasez de servicios psicosociales y un número insuficiente de refugios para las supervivientes, especialmente en las zonas apartadas. En relación con los principios de prueba, en este tipo de delitos se pueden identificar varias particularidades, algunas ya apuntadas *supra*, pero que sobre todo hacen alusión a las siguientes cuestiones:

Por un lado, la doble condición de víctima-testigo genera en el proceso penal no pocas dificultades, pues la falta de pruebas, generalmente común, implica que el testimonio de la víctima será la prueba de cargo imprescindible para proceder a desvirtuar la presunción de inocencia y obtener una sentencia condenatoria. Ante tal situación la Fiscalía procurará intensificar su labor de reunión de otros medios de prueba, de ser posible, tales como testimonios de personas que tengan acceso a información privilegiada, pruebas estadísticas o sobre pautas aportadas por expertos en la materia, registros médicos y farmacéuticos, informes e investigaciones de carácter empírico y otros datos fidedignos producidos por Estados, órganos de las Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y otras fuentes fiables. Por otro, la Fiscalía entiende en cuanto a la preparación de los testigos, especialmente en estos casos, que es imprescindible, con el objeto de facilitar el bienestar psicológico de los testigos, intentar disminuir la intimidación propia del ambiente de las salas, así como facilitar la total obtención de pruebas pertinentes en este entorno.

Por último, hay que poner de relieve la necesidad de obtener investigaciones de calidad que tengan en cuenta la perspectiva de la víctima, así como del investigador. De modo que si la víctima precisa tiempo para poder decla-

rar, se debe establecer un plan de investigación sensible. En cuanto a la forma de narración de los hechos, puede que quiera contar la historia a su manera, por lo que se deberán habilitar técnicas de entrevista de empoderamiento. En esta misma línea, es imprescindible identificar los eufemismos para definir la violencia sexual por parte del investigador, siendo esto únicamente posible, mediante un correcto entendimiento del idioma y del contexto social. Cuando se detecte el miedo a hablar por parte de víctimas o testigos, debe acudir al sistema de protección de testigos y que éste sea eficaz. Y, finalmente, si se observa la posible experimentación de un nuevo trauma, se debe derivar al apoyo social.

Especial referencia a los niños. El otro colectivo de víctimas especialmente vulnerables en los conflictos armados son los niños y niñas que sufren violaciones sistemáticas de sus derechos humanos a nivel personal. Siendo consciente la CPI de los devastadores efectos que este tipo de delitos provocan en toda la comunidad y de la especial atención que se les debe prestar, se enfatiza desde la Fiscalía un enfoque adaptado a los niños en todos los aspectos que les afecten, basado en el respeto a los derechos de los niños e inspirado en la Convención sobre los Derechos del Niño, donde primordialmente se debe tener en cuenta el principio de no discriminación, deberá prevalecer el interés superior del menor, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el derecho a expresar sus opiniones y que éstas sean consideradas.

En este sentido, uno de los objetivos de UNICEF en el área de protección se refiere al ámbito de la justicia penal juvenil así como la justicia para niños y niñas y/o testigos de delitos, de modo que se apliquen los estándares internacionales contemplados a tales efectos en el marco del sistema judicial.

Conscientes de esta premisa, se pretende tener muy presente la especial vulnerabilidad de los niños y niñas poniendo relieve el impacto multifacético de los crímenes competencia de la CPI. Para cumplir con estas condiciones, se tendrá siempre en cuenta la jurisprudencia internacional que existe al respecto y se mantendrá un fiel respeto al derecho a una atención y protección especial, con personal especializado que sepa cómo atender a los niños y que

tenga capacitación profesional acreditada. Asimismo, la Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen (ECPI, art. 26).

El interés superior del menor estará presente en el proceso en todo momento, de modo que para ello, a los efectos de pronunciarse sobre la evaluación específica de la situación, la Fiscalía considerará dos aspectos clave: Por un lado, el perfil individual del niño o niña, teniendo en cuenta entre otros factores, la edad, nivel de madurez, experiencia, educación, capacidad o discapacidad, condiciones de salud, etc, y por otro, el contexto social y cultural, como ejemplo si reside en un ámbito familiar o no, la existencia de progenitores.

Algunos de los problemas específicos que se han identificado son la cooperación de personas con Fiscalía, en relación con la protección de su seguridad, su bienestar físico y psicológico, su dignidad y su privacidad. Hay que recalcar que en las investigaciones donde se encuentran involucrados menores, aparecen complejidades adicionales que se deberán resolver siempre con medios específicos atendiendo al interés superior del menor. Otro aspecto relevante se refiere al doble estatus que puede tener el menor, como víctima o testigo. Las penas que se impondrán deberán considerar no solo los daños inmediatos producidos, sino también estudiar los daños a largo plazo. En el plano de las reparaciones, como más adelante se pondrá de manifiesto, los esfuerzos deberán volcarse en la reintegración en la sociedad y en sus propias comunidades.

En cuanto al ámbito competencial objetivo, hay que resaltar que casi todos los crímenes de competencia de la Corte afectan a los niños, pero también se pueden distinguir categorías de crímenes dirigidos específicamente contra los niños, entre los que podemos destacar los siguientes: a) Reclutamiento, alistamiento y utilización de niños menores de quince años para participar activamente en hostilidades; b) Traslado por la fuerza de niños y evitación de nacimientos; c) Tráfico de niños como forma de esclavizarlos; d) Ataques contra edificios dedicados a la educación y la atención de la salud; e) Tortura

y crímenes conexos; f) Persecución; g) Crímenes sexuales y por motivos de género. En relación con las distintas fases procedimentales, se pueden diferenciar tres etapas fundamentales donde es relevante considerar la perspectiva de los niños: a) Examen preliminar; b) Investigaciones y c) Enjuiciamiento.

En el examen preliminar que efectúa la Fiscalía en cada situación, se tendrán en cuenta los factores previstos en el art. 53(1) (a)-(c) ECPI, para determinar si existen indicios suficientes de criminalidad y en consecuencia proceder al inicio de una investigación, el Fiscal analizará la jurisdicción y competencia (objetiva, temporal y territorial) la admisibilidad de la causa (complementariedad y gravedad) y los intereses de la justicia. Pero además, en estos casos existe un plus de protección en el sentido de que se realizará ese exhaustivo análisis mediante un enfoque sensible prestando particular atención a la información recibida sobre crímenes contra los niños o que afectan a los niños. En este contexto, para determinar la gravedad de los posibles casos, la Fiscalía evaluará la escala, naturaleza y modo de comisión de los crímenes, sin perder de vista el impacto en las víctimas y en las comunidades (Reglamento de la Fiscalía, Norma 29.2).

En las investigaciones el contacto inicial y las entrevistas con los niños son fundamentales de cara a la preparación del futuro juicio. En esta etapa concretamente aparecen además ciertos desafíos adicionales como puede ser, por ejemplo, la determinación o evaluación de la edad. En la toma de declaración, se tendrá en cuenta las opiniones de los niños con sus propias circunstancias personales (edad, madurez, otros atributos personales). Es fundamental proporcionar información y explicaciones de todo lo que significa el proceso, siendo claros y precisos, de modo que puedan comprender perfectamente a lo que se enfrentan, los posibles riesgos (como por ejemplo puede ser el impacto o la divulgación de la información) para que puedan tomar una decisión informada. Igualmente importante es la evaluación psicosocial y la adopción de medidas de protección.

Por otra parte, en la fase de enjuiciamiento, hay varias cuestiones que presentan sus dificultades concretas que afectan sobre todo a las declaracio-

nes o la prestación de testimonios de los menores. Como ya apuntamos anteriormente, las interacciones con niños se efectuará mediante funcionarios expertos y especialistas con capacidad profesional para determinar los efectos beneficiosos o perjudiciales que puede implicar, la declaración del menor en un proceso. Asimismo, las técnicas de preparación de testigos desempeñan un papel esencial para evitar una doble victimización y que no implique una experiencia traumática. La Sala deberá adoptar a tales efectos las medidas oportunas con el objeto de impedir la intimidación en este entorno judicial. Entre otras medidas que se recomiendan y que se utilizan habitualmente pueden citarse la posibilidad de que el niño esté acompañado por una persona de apoyo, adaptar la sala a las necesidades del niño, así como la manera de interrogar a las necesidades de ese niño/a. Como propuesta común, se procurará evitar la confrontación visual del niño víctima o testigo y del presunto agresor, salvo que el niño solicite lo contrario. Es esencial el seguimiento posterior donde se mantendrá a los niños informados y actualizados sobre el proceso.

Para concluir y sin perder de vista esta perspectiva, pensamos que es ineludible mencionar o tener en consideración a las niñas en este panorama, dado que esa vulnerabilidad se traduce en tener muy presente las consecuencias que se derivan de las violaciones y de otras formas de violencia sexual que sufren y padecen, porque generan secuelas negativas tanto para su salud física como mental. Otro aspecto se refiere al papel que desempeñan cuando se encuentran vinculadas a los grupos armados, dado que las fuerzan a contraer matrimonios, y a sufrir embarazos precoces. Esto lleva aparejada una situación compleja puesto que tras haber permanecido en estos grupos armados durante un tiempo, y aunque finalmente sean liberadas, o bien deciden quedarse por la existencia de vínculos familiares con sus agresores, o bien, como sucede con frecuencia, son rechazadas por sus propias familias y comunidades por haber estado unidas a estos grupos rebeldes. Se genera un estigma social difícilmente superable.

Hay que recordar por consiguiente que las niñas tienen necesidades especiales, pues requieren programas de reintegración específicos y sensibles puesto que requieren más atención. De ahí que se insista en la imprescindible

articulación de programas que sean apropiados, teniendo en cuenta todas las circunstancias y situaciones apuntadas.

Reparación. En el art. 75 ECPI se prevén los «principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes». Las actuaciones sobre las reparaciones tal y como se ha afirmado por la Corte:

Cumplen dos propósitos principales consagrados en el Estatuto: obligan a los responsables de crímenes graves a reparar el daño que causaron a las víctimas y permiten a la Sala garantizar que los criminales rindan cuentas por sus actos. Además, las reparaciones pueden estar destinadas a personas concretas, así como contribuir más ampliamente a las comunidades afectadas. Las reparaciones de la presente causa deben, en la medida de lo posible, aliviar el sufrimiento causado por estos delitos; proporcionar justicia a las víctimas aliviando las consecuencias de los actos injustos; disuadir violaciones futuras; y contribuir a la reintegración efectiva de antiguos niños soldados. Las reparaciones pueden ayudar a promover la reconciliación entre el condenado, las víctimas de los crímenes y las comunidades afectadas.

Es en esta fase donde las víctimas aparecen como verdaderas protagonistas y las posibilidades de intervención son las siguientes: Solicitar la reparación mediante el procedimiento establecido a tales efectos (regla 94 RPP); efectuar alegaciones con anterioridad a que la Corte dicte la resolución sobre los principios que regulen la futura reparación; realizar alegaciones con anterioridad a que la Corte emita una orden de reparación (ECPI, art. 75.3); presentar sus opiniones sobre los informes emitidos por los expertos en los casos de la regla 97.2 RPP; asistir a la vista sobre reparación, ya se produzca esta en el mismo acto que la imposición de la pena o de forma independiente (ECPI, arts. 75.3 y 76.3; RPP, reglas 91.4 y 143), la regla 143 RPP contempla que las víctimas puedan solicitar la suspensión; y, finalmente, apelar la orden de reparaciones que se dicte (RPP, regla 82.4).

El Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes competencia de la Corte y de sus familiares (ECPI, art. 79; RPPCPI, Regla 98), será administrado según los criterios que fije la Asamblea de Estados Partes, y tiene como misión responder al daño resultante de tales crímenes asegurando los

derechos de las víctimas y sus familias a través de la provisión de reparaciones y asistencia. Tiene un programa de asistencia previsto ya en la República Democrática del Congo, Uganda y Costa de Marfil, suponiendo asimismo la voz de las víctimas. Las órdenes de reparación irán dirigidas a víctimas individuales o colectivas dependiendo del caso.

En cuanto a las modalidades de reparación, podemos acudir a la primera resolución de la Corte dictada en este sentido donde se proporciona una mayor definición de los conceptos de restitución, indemnización y rehabilitación. Por restitución, se debería entender, en la medida de lo posible, el restablecimiento de la víctima en sus circunstancias anteriores a la comisión del crimen, es decir, de la vida de una persona, incluido el regreso a su familia, hogar y empleo anterior; la facilitación de educación continua; y la devolución de bienes perdidos o robados.

La indemnización, tal y como afirma la Corte, debería considerarse cuando; i) el daño económico es suficientemente cuantificable; ii) una orden de este tipo sería apropiada y proporcionada (teniendo en cuenta la gravedad del crimen y las circunstancias de la causa); y iii) los fondos disponibles hacen que este resultado sea factible. No hay que olvidar que conforme a las leyes sobre derechos humanos reconocidas internacionalmente, la indemnización requiere una aplicación amplia, para abarcar todas las formas de deterioro, pérdida y lesión, incluido el daño material, físico y psicológico.

En la rehabilitación se incluirá el suministro de servicios médicos y asistencia sanitaria, psicológica, psiquiátrica y social para dar apoyo a aquellos que sufren de aflicción y trauma; y cualquier servicio jurídico y social pertinente. No podemos olvidar que en la mayoría de estos crímenes las principales víctimas son mujeres y niñas. Hay que reflexionar sobre la necesidad de diseñar e implementar una reparación de género para las mujeres. Si realmente se pretende una solución para que mujeres y niñas obtengan una reparación justa, adecuada y efectiva, es necesario el fortalecimiento de las instancias internacionales (Gil, 2016, p. 193), especialmente ante la CPI.

Conclusión

Los crímenes sexuales y por motivos de género son una constante en los conflictos armados, constituyendo un instrumento de guerra que supone una forma de discriminación y violación de los derechos humanos de las mujeres. Ante tal panorama, la comunidad internacional debe responder con un doble objetivo: por un lado, evitar la impunidad de los autores de estos crímenes y, por otro, lograr la reinserción de las víctimas mediante la consiguiente reparación.

En relación con la responsabilidad penal de las personas que han cometido este tipo de crímenes, se observa una evolución progresiva al dar visibilidad a las víctimas de delitos sexuales que tradicionalmente han sido olvidadas en el contexto internacional. El punto de inflexión más significativo procede de los Tribunales penales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda al reconocerse la violación como crimen de lesa humanidad. La incorporación en el ECPI de los crímenes sexuales que se materializan en crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad según el contexto o genocidio, supone un avance en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres, desvinculándose el concepto sobre el honor con la sexualidad femenina o considerándolo como un inevitable desafortunado resultado de la guerra. La primera condena por violación ante la CPI se produce en el asunto contra *Jean Pierre Bemba Gombo* en 2016, destacándose en la sentencia la necesidad de erradicar los crímenes sexuales como armas en los conflictos.

Desde la perspectiva de las víctimas de crímenes sexuales y por razón de género es imprescindible tener en cuenta su especial vulnerabilidad en todas las etapas del procedimiento, ya que las cuestiones de género plantean problemas específicos tales como la falta de presentación de denuncias, la estigmatización de las víctimas y la consiguiente falta de pruebas, entre otros. Conscientes de estas particularidades, desde distintos ámbitos se está procediendo a la especialización para poder otorgar una mejor atención a las víctimas (Salas, Fiscalía y Secretaría de la CPI).

Asimismo, la participación en el proceso ante la CPI mediante la presentación y consideración de sus opiniones y observaciones, permite en cierta medida, la tutela judicial que merecen todas las mujeres y menores víctimas de crímenes sexuales, cobrando una relevante aportación su intervención en la fase de reparación donde se han establecido diferentes modalidades (restitución, indemnización y rehabilitación). Teniendo en consideración los efectos devastadores que los crímenes sexuales generan en las víctimas, en las comunidades y en toda la sociedad, se debe continuar estableciendo mecanismos penales y procesales que supongan un avance en la protección internacional de los derechos humanos de las mujeres y menores.

Referencias

- Aafjes, A. (1998). *Gender Violence: The Hidden War Crime*. Washington: Women, Law & Development International.
- Agnello, F. (2013-2014). A New «Gender» Definition in International Law: the Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, *Spanish Yearbook of International Law*, 18, 87-114.
- Anaya, L. & Mogollón, N. (2016). El conflicto armado interno colombiano: una mirada socio-jurídica desde la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, *Justicia Iuris*, 2, 107-117.
- Ambos, K. (2012). El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 1-47.
- Aptel, C. (2016). Child Slaves and Child Brides, *Journal of International Criminal Justice*, 14, 305-325.
- Bensouda, F. (2016a). Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, Regarding the Conviction of Mr. Jean-Pierre Bemba: «This Case has Highlighted the Critical Need to Eradicate Sexual and Gender-Based Crimes as Weapons in Conflict». *Internacional Criminal Court*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-stat-bemba-21-03-2016>.
- Bensouda, F. (2016b). The Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes by International Courts. *Internacional Criminal Court*. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/160716_Pros_int_courts_and_the_fight_against_SGBC.pdf.

- Biglio, J. & Vogelstein, R. (septiembre, 2017). *Countering Sexual Violence in Conflict* [Discussion Paper]. Washington: Council on Foreign Relations, Center for Preventive Action Women and Foreign Policy.
- Brouwer, A. (2009). What the International Criminal Court has achieved and can achieve for victims/survivors of sexual violence. *International Review of Victimology*, 16, 183-209.
- Brouwer, A. (2005). *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence, The Icc and the Practice of the ICTY and the ICTR*. Antwerpen-Oxford: Intersentia.
- Clark, J. (2016). The First Rape Conviction at the ICC, An Analysis of the Bemba Judgment, *Journal of International Criminal Justice*, 14, 667-687.
- Dawn, K. (2005). Gender Crimes Jurisprudence in the ICTR, Positive Developments, *Journal of International Criminal Justice*, 3, 1007-1018.
- Dias, L. A. (2014a). Violencia sexual contra niños y niñas menores de quince años en el caso Lubanga: análisis crítico y una propuesta de solución, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 2, 103-132.
- Dias, L. A. (2014b). El voto de la jueza Elisabeth Odio Benito en el caso Lubanga: Una crítica liberal a su concepto de participación activa en las hostilidades, *Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales*, 20-46.
- Dolgopol, U. (1995). Women's voices, Women's pain. *Human Rights Quarterly Johns Hopkins University Press*, 17, 127-154.
- Eboe-Osuji, C. (2012). *International Law and Sexual Violence in Armed Conflicts*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Ellis, M. (2007). Breaking the Silence: Rape as an International Crime, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 38, 225-247.
- Fernández de Gurmendi, S. A. (2001). Definition of Victims and General Principle, in R.S. *The International Criminal Court, elements of crimes and rules of procedure and evidence*, Ardsley: Transnational Publishers, 427-433.
- Ferrer, I. (14 de julio 2012). En todos los casos de la Corte Penal Internacional aparece la violencia sexual. *Periódico Global el País*. Recuperado de: https://elpais.com/internacional/2012/07/14/actualidad/1342281593_350369.html.
- Gaggioli, G. (2015). Sexual violence in armed conflicts: A violation of international humanitarian law and human rights law, *International Review of Red Cross*, 96, 503-538.
- Garrocho, A. M. (2013). La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo. En A. Gil & E. Maculan (Coords.), *Intervención delictiva y derecho penal internacional reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales* (pp. 147-184). Madrid: Dykinson.

- Gil, C. (2016). La reparación desde una perspectiva de género: Un nuevo desafío para el Derecho Internacional. En E. Orihuela (coord.), *Crímenes internacionales y Justicia Penal. Principales desafíos* (pp. 191-223). Navarra: Aranzadi.
- Gil, A. (2016). Crímenes contra la humanidad, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 10, 202-215.
- Grewal, K., (2012). The Protection of Sexual Autonomy under International Criminal Law: The International Criminal Court and the Challenge of Defining Rape, *Journal of International Criminal Justice*, 10, 373-396.
- Guerrero, S. (2014). *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*. Pamplona: Aranzadi.
- Gómez, J. L. (2015). *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, 2. Navarra: Aranzadi.
- Hagan, J., Brooks, R. & Haught, T., (2010). Reasonable Grounds Evidence Involving Sexual Violence in Darfur, *Law & Social Inquiry*, 35, 881-917.
- Ibrahimovic, E. K. (7 de abril 2014). Las mujeres violadas en la Guerra de Bosnia, dobles víctimas del conflicto veinte años después, *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 35. Recuperado de: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2014/DIEEEO35-2014_GuerraBosnia_DDHH_EsmaKucukalic.pdf.
- Jain, N. (2008). Forced Marriage as a Crime against Humanity: Problems of Definition and Prosecution. *Journal of International Criminal Justice*, 6, 1013-1032.
- Kapur, A. (2016). The Value of International-National Interactions and Norm Interpretations in Catalysing National Prosecutions of Sexual Violence. *Inequality and Austerity after the Global Financial Crisis: Law, Gender and Sexuality*, 6 (1), 62-90.
- Kortfält, L. (2015). Sexual Violence and the Relevance of the Doctrine of Superior Responsibility -in the Light of the Katanga judgement at the ICC. *Nordic Journal of International Law*, 84(4), 533-579.
- Laguna, G. (2016). *Claves Prácticas de los Procesos por Violencia de Género*. Pamplona: Aranzadi.
- López, A. G., (2013). Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: «caso the prosecutor c. thomas lubanga dyilo, 7 de agosto de 2012». *Revista española de derecho internacional*, 65(2), 209-226.
- Olásolo, H. & Kiss, A. (2010). El estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 12. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-13.pdf>.
- Parker, K. & Chew, J. (1994). Compensation for Japan's World War II war rape victims. *Hastings International and Comparative Law Review*, 17, 497-543.

- Pillay, N. (2010). Address- Interdisciplinary Colloquium on Sexual Violence as International Crime: Sexual Violence: Standing by the Victim. *Law & Social Inquiry*, 35(4), 847-853.
- Pinheiro, P. S. (2006). *Informe Mundial sobre La Violencia Contra los Niños y Niñas, Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños*. Nueva York: Publicación de las Naciones Unidas. Recuperado de: https://www.unicef.org/mexico/spanish/Informe_Mundial_Sobre_Violencia.pdf.
- Rodríguez, J. L. (2011). La protección del niño en los conflictos armados por el Derecho Internacional Humanitario. Los niños soldados. *AFDUAM*, 15, 217-240.
- Rubio, E. M. (2016). Crímenes internacionales de violencia sexual o por razón de género, acceso a la justicia y mujeres. En E. Orihuela (coord.). *Crímenes internacionales y Justicia Penal. Principales desafíos* (pp. 141-189). Navarra: Aranzadi.
- Sacouto, S. & Cleary, K. (2009). Symposium: Prosecuting sexual and gender-based crimes before internationalized criminal courts: The importance of effective investigation of sexual violence and gender-based crimes at the International Criminal Court. *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 17, 337-358.
- Stewart, D. P. (2016). Prosecutor v. Bemba. *American Journal of International Law*, 110(3), 526-533.
- Tolbert, D. & Smith, L. A. (2016). Complementarity and the Investigation and Prosecution of Slavery Crimes. *Journal of International Criminal Justice*, 429-451.
- Torrecuadrada, S. (2016). Los crímenes sexuales en los conflictos armados. En E. Orihuela (coord.), *Crímenes internacionales y Justicia Penal: Principales desafíos* (pp. 75-137). Navarra: Aranzadi.
- Turan, G. (2016). Manhood Deprived and (Re) constructed during Conflicts and International Prosecutions: The Curious Case of the Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta et al. *Feminist Legal Studies*, 29-47.
- Van der Vyver, J. D. (2010). Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. International criminal court pretrial decision on burden of proof and mens rea in prosecutions under the icc statute. *American Journal of International Law*, 104 (2), 241-247.
- Van der Wilt, H. (2016). Slavery Prosecutions in International Criminal Jurisdictions. *Journal of International Criminal Justice*, 14, 269-283.
- Vargas, D. R. (2013). El concepto de víctima al interior de tribunales penales internacionales. *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, 26(32), 4-100.
- Viseur, P. (2007). The Prosecution of Sexual Violence in conflict: The Importance of Human Rights as Means of Interpretation. *Oficina del alto comisionado para los derechos*

humanos de las Naciones Unidas. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/Paper_Prosecution_of_Sexual_Violence.pdf.

Wolfe, L. (25 de julio 2014). Why soldiers rape —and when they don't— in diagrams, *Women under siege*, Recuperado de: <http://www.womensmediacenter.com/women-under-siege/why-soldiers-rapeand-when-they-dontin-diagrams>.

Zawatti, H. M. (2014). *Fair Labelling and the Dilemma of Prosecuting Gender-Based Crimes at the International Criminal Tribunals*. Oxford: Oxford University Press.

Zorrilla, M. (2005). La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, 34. Recuperado de: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho34.pdf>.

La dinámica probatoria del incidente de reparación integral

*Ingry L. Acosta Piedrahíta**

Resumen: En el presente artículo, se desarrolla un tema de actualidad y controversial en materia de derecho procesal penal relacionado con el incidente de reparación integral, respecto a la dinámica probatoria que se debe desplegar en dicho escenario. Así mismo, se estudian las distintas posturas doctrinales que se ocupan del tema: Una primera, para la cual deben aplicarse las reglas de admisibilidad y pertinencia establecidas para el procedimiento penal; la segunda, según la cual se aplican todas las normas establecidas para el proceso civil; y, finalmente, una concepción ecléctica o intermedia que pregona que no pueden ser aplicadas en su totalidad las reglas procedimentales penales, pero sí ciertas disposiciones del régimen adjetivo civil.

Palabras clave: Víctimas, incidente de reparación integral, pruebas, proceso penal acusatorio, participación, reglas debido proceso.

Abstract: This article develops a current and controversial issue in criminal procedural law related to the full compensation incidents and its probative dynamic. Likewise, I show the different doctrinal positions about it: A first position, which considers that the admissibility and pertinence rules established for criminal procedure must be applied; The position according to which all the rules established for the civil process must be applied, and finally; An eclectic or intermediate position that established that the criminal procedural rules can not be applied in full and certain provisions of the civil adjective regime may apply.

Key words: Victims, Integral Repair Incident, Test, Due Process Rules.

* Abogada especialista en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, Asesora Docente en el Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes. Este trabajo fue presentado como requisito de grado para obtener el título de Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo: ingrit.il.acosta232@uniandes.edu.co.

Introducción

La ley penal colombiana al preocuparse por la eficacia de los derechos a favor de la víctima como interviniente especial en el procedimiento, se ocupa de la efectiva reparación de los perjuicios derivada de un acto delictual a cargo del autor de este o del tercero civilmente responsable. Para ello, el legislador incluye una auténtica figura procesal con el propósito de obtener la defensa de este pedimento indemnizatorio consustancial al proceso penal. En rigor, se trata de una acción de carácter legal, que se da en una fase subsiguiente al fallo condenatorio ejecutoriado en la que acertadamente se reclaman, determinan y cuantifican, los daños ocasionados con la conducta punible (Pérez, Cárdenas, Becerra, Bernal & Rodríguez, 2009, p. 88). Básicamente, se parte de un mecanismo idóneo que busca facilitar la reparación, y supone la existencia de una sentencia condenatoria, en la que se evidencia la coexistencia entre los derechos civil y penal (Aramburo, 2008, p. 20). Dentro de esa misma línea, se puede incluir la noción ofrecida por Pérez (2015, p. 567), para quien es un procedimiento de naturaleza especial y separado que, necesariamente, habrá de ser oral y concentrado y cuyo eje está en satisfacer las pretensiones reparatorias.

No obstante, está claro que el incidente de reparación integral que se imponía como un instrumento apto para resolver los conflictos de manera rápida y oportuna resultó insuficiente para concretar las exigencias de la víctima, por lo cual se ha convertido en un trámite lento y difuso e incluso ineficaz para la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito (Urbano, 2012, p. 310). Para Aramburo (2008, p. 12) el exagerado formalismo que deriva en la acumulación de expedientes erosiona la confianza de la víctima, produciendo una mayor complejidad e imponiendo más limitaciones al derecho del afectado que al responsable penalmente. De igual modo, la disparidad de criterios, particularmente en aspectos sustanciales y formales, propicia un inadecuado funcionamiento que de manera inevitable entorpece la pretensión del reclamante (Gil, 2013).

Dado lo anterior, en el año 2010 se aprobó la Ley 1395, la cual no solo trajo consigo múltiples e importantes variaciones en disposiciones del Código de Procedimiento Penal (en adelante C.P.P.), relativas al incidente de reparación en cuanto a la procedencia, caducidad, ejercicio y decisión sino que, además, incorporó ciertos ajustes normativos, mediante los cuales se procuran algunos intentos por regular y precisar de manera sustancial esta fase resarcitoria, por lo cual se hace necesario determinar los intereses que atiende y cuáles se acallan para comprender unos contenidos mínimos que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma identificar el régimen probatorio aplicable. Tal como lo plantea la Corporación de la Excelencia en la Justicia (2013) uno de los aspectos que hace confuso el desarrollo del incidente, en particular en su aplicación práctica, se relaciona con vacíos de orden legislativo, en el tema probatorio, así:

Ya que el capítulo que la desarrolla nada prevé sobre cuáles normas deberán regir para esta etapa. Podría interpretarse que por la remisión que hace el artículo 25 del CPP las normas del Código de Procedimiento Civil entrarían a llenarlo, posición que es aceptada parcialmente por la jurisprudencia, pues a pesar de que no existe una sentencia que expresamente resuelva la discusión de fondo, sí se ha hecho énfasis en que el incidente es «...un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho...»; y que «...la acción de reparación integral es una acción civil al final del proceso penal...» (pp. 19-20).

En este punto es pertinente advertir que, aun cuando este especial trámite encuentra su regulación, contenido y ubicación concretamente en la Ley Procesal Penal, es razonable preguntarse si en materia probatoria se deben aplicar las reglas de pertinencia, admisibilidad y decreto consagradas en esa normativa o si, por el contrario, se ha de regir por la concreta regulación de la especialidad civil. Sobre este aspecto, impera precisar que, si bien el incidente se incluyó dentro del procedimiento penal, se evidencia que no se reguló el trámite probatorio aplicable al referido instituto procesal, por lo cual se afirma que existe incertidumbre para el funcionario judicial encargado de dirimir el asunto y a los abogados que intervienen en la audiencia de pruebas (Arenas, 2016, p. 11).

De allí que el problema jurídico por resolver en este artículo gire alrededor de la siguiente pregunta: ¿qué reglas probatorias se aplican en el incidente de reparación integral? Como respuesta resulta indispensable acudir a las posturas adoptadas por los autores nacionales que revelan la solución de este problema, especialmente desde la perspectiva procesal que propugna tres criterios que se sintetizan de la siguiente manera: el primero, se inclina por considerar que la fase probatoria del incidente de reparación integral se supedita a las reglas de pertinencia y admisibilidad del C.P.P., por tratarse de un apéndice del encausamiento principal; el segundo, que radica en aplicar el régimen probatorio que disciplina el procedimiento civil en virtud del principio de integración normativa; y, el tercero, según el cual se debe optar por un criterio ecléctico o intermedio que reconoce la existencia de dos órdenes jurídicos que permiten la aplicación de ciertas reglas probatorias del juicio penal sin que sea necesaria la remisión a las disposiciones del procedimiento civil.

Para dar respuesta al problema, este artículo de reflexión adopta, en primer lugar, una metodología analítica deductiva que tiene su base en un estudio descriptivo, en relación con las reglas probatorias que rigen la acción civil reparatoria. Con esta investigación se busca: profundizar la regulación normativa de dicha institución procesal y, en especial, lo atinente a la práctica probatoria; seguidamente, examinar los principales argumentos de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia por medio de las cuales se analiza la práctica probatoria dentro del incidente. De igual forma, se presenta una propuesta para regular la referida institución procesal conforme a cada criterio doctrinal que atienda a las especificidades de la materia, con el fin de demostrar que la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia no es caprichosa y que, por el contrario, se encuentra armonizada al ordenamiento jurídico colombiano. Finalmente, en el análisis de derecho comparado fueron seleccionados Chile, Bolivia y Venezuela por sus avances jurídicos en el tema comoquiera que en sus ordenamientos jurídicos nacionales han acogido y desarrollado la acción resarcitoria, permitiendo establecer una visión regional que pudiera dar un panorama del manejo procedimental de esta institución y poder delimitar con detalle los contornos

probatorios, identificando su contenido esencial para que se garantice los derechos de la víctima.

Los criterios doctrinales sobre el incidente de reparación integral

La postura procedimental penal. Este sector doctrinal se inclina por considerar que solo existe un ordenamiento jurídico aplicable al incidente de reparación integral contenido en el C.P.P., que incorpora reglas que se acompañan armónicamente con este trámite que se ubica y desarrolla dentro del proceso, sin que exista la necesidad de acudir a otra normatividad en tanto que la reparación se relaciona con el sistema de las consecuencias jurídicas y, con mayor ahínco, a integrar los presupuestos de la conducta punible (Gaviria, 2014, p. 35). La aceptación de esta postura no es la mayoritaria, por las implicaciones que contiene la acogida, pues el simple hecho de que se ejercite al interior del trámite penal cambia sustancialmente la naturaleza jurídica convirtiéndola en especial o *sui generis* (Gaviria, 2014, p. 35). En virtud de este postulado, se puede reconocer que a la acción resarcitoria le interesa al derecho privado, pero también forma parte integral de la conducta punible (consecuencias civiles derivadas del delito) y esto origina las reciprocidades entre ambos sistemas normativos, generándose una relación inescindible, en que un mismo hecho dé lugar a la vez a persecuciones penales y si él ha causado daño, a una acción de responsabilidad civil (Montoya, 2007, p. 161). Dentro de la doctrina que defiende esta vertiente se puede encontrar a Urbano (2012), Acosta (2010) y Uribe (2008). En materia judicial se vinculan los Tribunales Superior del Distrito Judicial de Armenia y Cali en este mismo sentido.

El enfoque anterior parte de la normativa procesal penal vigente, para establecer las consecuencias que genera al interior del incidente:

La primera consecuencia es que el trámite incidental no es equiparable al incidente del procedimiento civil. La dinámica que se desarrolla en este mecanismo de carácter civil supone la existencia de unos actos procesales que se llevan a

cabo de forma oral en audiencias, las cuales involucran varios pasos pero se hace especial énfasis en la fase probatoria, que se genera tanto con el propósito de establecer el daño patrimonial o extrapatrimonial como el monto de la indemnización. De tal modo, se puede aseverar que el diseño estructural de esta acción cuenta con pautas definidas, acordes con el sistema acusatorio y se cumplen conforme a los fines propios del derecho penal. El trámite del incidente no puede ser considerado huérfano, comoquiera que allí se discuten las consecuencias civiles producto de la comisión del delito, que hace parte de la actuación penal y la decisión que se adopte no puede apartarse de lo decidido en las etapas precedentes (Sent. 18/7/2016, Rad.: 11...02, TSB, p. 5). De acuerdo con lo indicado, en opinión del profesor Urbano (2012):

Puede apreciarse [que], en el incidente de reparación integral existe actividad probatoria y ésta se dirige a la determinación del daño causado con la conducta punible y la indemnización correspondiente, teología que guarda correspondencia con los fines del proceso penal pues recuérdese que uno de estos tiene que ver con la reparación del daño (p. 311).

Debe afirmarse, en consecuencia, que las reglas y principios contenidos en el proceso penal le son aplicables al incidente por originarse de la responsabilidad civil derivada de un delito que encuentra asidero en la Ley 599 de 2000, en el Título IV, Capítulo Sexto del Libro Primero, artículo 94, que reza: «La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella». Es evidente, entonces, que todo injusto penal origina responsabilidad civil y la necesaria compensación del daño, ya sea de orden material o moral, ajustando el concepto de reparación no solo a aspectos económicos sino a nociones de restitución, rehabilitación y satisfacción. A todas luces, la reparación integral a las víctimas se enmarca como uno de los fines del proceso penal que desde el punto de vista teleológico propicia por un lado la materialización de justicia y la venganza por parte del ente estatal, encargado de imponer el castigo y por otro lado, la retaliación privada a favor de las víctimas (Yassín, 2009, p. 32).

En esta medida, el C.P.P. presupuesta que el incidente de reparación integral es un mecanismo procesal al alcance de las víctimas que les permite

obtener reparación de su perjuicio. Su procedimiento se encuentra estipulado por lo que no se puede considerar como un trámite aislado, dado el objeto del mismo. Al contrario, presenta una correspondencia tan estrecha con la actividad procesal precedente, que es de donde se origina (Quiceno & Prieto 2000, p. 486). Es claro que esta acción indemnizatoria permite la aplicación de una integralidad, tanto externa como interna; la primera hace referencia a esclarecer los hechos, aplicar las normas y a obtener justicia. La segunda, consiste en encontrar el equilibrio entre los distintos tipos de reparaciones (materiales, simbólicas, individuales y colectivas).

De esta manera, según este enfoque, las fundamentaciones de las pruebas están determinadas por las reglas de pertinencia y admisibilidad consagradas en el C.P.P., sin que sea necesario acudir al Código General del Proceso (En adelante C.G.P.). Es claro, entonces, que el incidente de reparación integral además de contar con unas audiencias cuya finalidad señala la ley se ciñe a los mismos principios que rigen su fundamentación en las actuaciones en materia penal. Por ejemplo, en lo relacionado con el derecho a la defensa en virtud del cual el condenado pueda solicitar, conocer y controvertir las evidencias correspondientes; las partes, a su turno, tienen tanto el derecho a conocer y controvertir como a intervenir en su formación, bien que ellas sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación (Sent. 20/5/2015, Rad.: 11...01, TSB, p. 6). Lo anterior, dado que la cuerda procesal de esta acción se encuentra definida en el C.P.P. y la competencia para el conocimiento de la misma fue asignada, con exclusividad, al juez penal de conocimiento de acuerdo con el artículo 102 del C.P.P. el cual exige la aplicación de las normas procedimentales de la materia (art. 372 y ss.) en el ámbito jurídico probatorio dentro del incidente de reparación integral (Peláez, 2013, p. 11).

Sobre los antecedentes de la institución, es importante resaltar que el concepto de reparación integral en el sistema del derecho positivo nacional se remonta al año 1936, cuando el Código Penal de la época tipificó la obligación de indemnizar como consecuencia de una infracción. Desde entonces, es posible sostener que el tema se encuentra presente en las distintas codificacio-

nes procesales anteriores, por ejemplo, en el C.P.P. de 1971 se empleó como una modalidad de pena adicional. En el Decreto 409 de 1971, reemplazado por el Decreto 050 de 1987, se estableció en el Capítulo II la acción civil señalando su procedencia durante el proceso penal, lo que se mantuvo en el Decreto-ley 2700 de 1991. Luego se expidió la Ley 600 de 2000 que vino a regular en la misma línea la acción civil que posteriormente fue reemplazada por la Ley 906 de 2004 en la cual este trámite para la reparación del daño e indemnización de perjuicios tuvo notables cambios tanto en lo sustancial como en lo procesal. Como puede verse, nuestra legislación:

(...) siempre se ha encontrado acompañada con los derechos de las víctimas, por ello ha contemplado figuras como la demanda de parte civil y el incidente de reparación integral para conseguir que la víctima sea resarcida en el daño que se le haya ocasionado (Acosta & Medina, 2015, p. 55).

Dicho esto, conviene señalar que en el marco de la Ley 600 del 2000 la institución de la parte civil consideraba a la víctima como sujeto procesal que tenía participación plena para proponer sus pretensiones patrimoniales, indemnizatorias o reparatorias, sustentadas en el daño concreto que implicaba una flagrante vulneración de un interés jurídico y daba lugar al restablecimiento de sus derechos (Sentencia T-589 de 2005, CConst). No obstante, esta acción de responsabilidad civil en el proceso penal limitaba la intervención de las víctimas a la simple obtención de una suma dineraria, dejando de lado aquellos daños que superan el contenido económico (Sampedro, 2010, p. 178).

Por su parte, la Ley 906 de 2004 elimina la figura de la parte civil e instituye el incidente de reparación integral que, a diferencia del anterior modelo, no se tramita de forma conjunta con el proceso penal sino que se parte de una sentencia condenatoria en firme, lo que responde al ejercicio independiente. Para este propósito, la Comisión Redactora Constitucional encargada de generar la promulgación del Acto Legislativo 03 de 2002 señaló en la Exposición de Motivos de esa normatividad que esta institución procesal promueve la eficacia de los derechos como una tercera vía de las sanciones penales, contribuyendo al sistema de justicia alternativa y apostando al redescubrimiento

del papel de las víctimas del delito (Sampedro, 2010, p. 178). Si bien el sistema anterior implementó la parte civil y la actual el incidente de reparación, se debe mencionar que son figuras distintas en cuanto a su contenido y a los procedimientos disimiles que las caracteriza.

Conviene añadir que el trámite incidental tiene plena vigencia en la legislación actual que reviste de gran importancia al garantizar la materialización de los postulados de la verdad, justicia y reparación; sin embargo, para algunos autores hace falta concretar la normatividad jurídica que dicha materia reclama lo cual obliga a los operadores jurisdiccionales a ajustarse al C.P.P., es decir, «el incidente de reparación integral debe regirse por la misma técnica y principios del sistema penal oral acusatorio en lo que hace referencia a pretensiones, solicitudes probatorias, decreto y practica de las mismas» (Acosta, 2010, p. 41).

Esta postura predomina en la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia (TSA), según se infiere de la sentencia de 20 de abril de 2010 (p. 4), Radicado N.º 63...10, en la cual se estudió el incidente desde el punto de vista civil como aquel procedimiento pequeño que se tramita de forma separada dentro de un proceso judicial, es decir, según ese punto de partida es un asunto netamente accidental o accesorio. Así las cosas, se puede apreciar que los asuntos objeto de incidente se refieren a situaciones imprevisitas e inusuales en el curso del proceso que cuentan con su propio trámite, es decir, su proposición, pruebas y decisión (Osorio, 2016, p. 115). Ello en congruencia con lo normado por el art. 129 del C.G.P.

Para López, la razón de circunscribir el incidente civil a una «cuestión distinta del principal asunto del juicio, pero con él relacionada, que se ventila y decide por separado, a veces sin suspender el curso de aquél y otras suspendiéndolo» (2005, p. 322) requiere de un trámite especial con un pronunciamiento que tiene incidencia en el proceso. El procedimiento aplicable es equiparable a un proceso de conocimiento que consta de una estructura sencilla con una primera fase introductoria en la cual se plantea la cuestión, luego se le corre traslado al demandado, se presenta práctica probatoria y

se resuelve. Dichas cuestiones de orden ocasional se pueden presentar en el marco del proceso, o posterior al trámite o de forma extraprocesal en tanto que puede ser ejercitada por las partes o terceros. Es de anotar que la ley civil somete solo algunos asuntos de forma taxativa, por tal razón es de especial trámite y previo pronunciamiento (Rojas, 2013, p. 180).

De esta manera y con base en la exposición arriba reseñada, en materia penal esta situación se torna distinta tanto de forma como de fondo en consideración a que este cuerpo normativo (C.P.P.) concibe al incidente de reparación como un procedimiento principal que se tramita luego de proferida la sentencia condenatoria, una vez ella adquiere fuerza ejecutoria, en la cual se debate y determina un asunto de orden sustancial (CConst., Sent. C-250, 2011). Tanto es así que el legislador le concedió a este mecanismo procesal el estatus de un proceso autónomo que se encuentra situado en el capítulo IV, artículos 102 a 108 del C.P.P., compuesto por un conjunto de preceptivas relacionadas con dicha acción resarcitoria. Se puede decir, entonces, que este escenario configura un espacio de gran valor para la víctima, pues es la única oportunidad de reclamar una indemnización por una conducta típica, antijurídica y culpable (Zuluaga & Vélez, 2013, p. 50).

Igualmente, se ha indicado que:

La acción indemnizatoria, necesariamente no podrá ser independiente a la acción penal, sino que debe ser dependiente de la acción penal. Precisamente, por cuanto el accionante, reclama por un delito, como fuente de los perjuicios que le irrogaron y como consecuencia, la acción que procede es la acción de reparación integral dentro del proceso penal, y no la indemnizatoria del proceso civil (Sánchez, Arcila & Rojas, 2011, p. 38).

El comparativo anterior permite concluir que el incidente traído por el C.P.P. no hace referencia a cuestiones secundarias o accesorias a la acción misma, como sí lo es en el C.G.P., sino que responde a los fines de orden constitucional y legal que están llamados a permanecer tanto en el trámite penal como la reparación integral. Si se sigue esta postura, se encuentra que las medidas necesarias para lograr el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por el delito escapan a los conceptos del derecho civil, dejando de lado

la composición privada del conflicto. En este sentido, se pueden reconocer modalidades distintas a la pecuniaria como lo son la restitución, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición (Sampedro, 2013, p. 659; Bolívar, 2009, p. 74).

Esta postura ajusta al incidente de reparación integral a algo consustancial al sistema de persecución penal, integrando la reparación como derecho significativo a las funciones propias del Derecho penal, esto aunado al «concepto de prevención integral, como fin de satisfacción de la conciencia jurídica general, ante la quiebra del orden jurídico que cumple la sanción y que, en esos casos debe cumplir la reparación» (Maier, 2004, p. 37). Por lo tanto, resulta inadmisibles acudir a otra normatividad como la procesal civil, dado que ella se distancia del ejercicio incidental propuesto en el C.P.P.

Se destaca al respecto por los defensores de dicha teoría que la Ley 906 de 2004 incorpora en materia probatoria los supuestos de obtención y práctica de pruebas, vinculantes al incidente de reparación integral, según lo establecido en el artículo 27 del C.P.P. que faculta a los operadores judiciales a que aborden normas de procedimiento civil en aquellos asuntos no reglados, de manera que se suplan los vacíos que regulan la producción y la práctica de las mismas (Sampedro, 2013, p. 659). Sin embargo, esta regla no es necesaria pues el C.P.P. reguló, de manera pormenorizada, la forma de surtirse la aducción, producción y decreto probatorio.

Frente a la procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral, donde impera la oralidad como principio rector, debe decirse que el artículo 102 de la Ley 906 de 2004 enmarca esta acción en una vía idónea que se cimenta en una «trilogía» compuesta de una primera audiencia, que es la oportunidad para discutir la pretensión, anunciando de forma precisa y detallada la forma de reparación integral a la que se aspira y la indicación de las pruebas que se harán valer en el procedimiento. Aquí, los conceptos de *descubrimiento*, *enunciación* y *solicitud* son importantes puesto que permiten comprender qué sucede en la mencionada audiencia, donde *descubrir* consiste en «revelar los elementos que pretenden incorporar en el proceso como pruebas, en aras de

garantizar que la contraparte pueda conocerlos y de esta manera consolidar más efectivamente su teoría del caso» (Solórzano, 2010, p. 342). Por su parte, *enunciar* radica en entregar la información de los medios de prueba descubiertos con el propósito de acreditar la teoría del caso (Gaviria, 2012, p. 16). Y, por último, *solicitar* hace referencia a las peticiones concretas y expresas que requieren la argumentación de pertinencia, conducencia y utilidad (Gaviria, 2012, p. 16).

En otros términos, la víctima en esta primera oportunidad y por conducto de su apoderado debe explicar claramente los hechos objeto de litigio, las pretensiones deducidas y las pruebas en que se sustenta. En esta instancia, se vuelve relevante el hecho concreto que se discute y la admisibilidad de los elementos materiales probatorios o testimonios que se pretende presentar en la audiencia de alegaciones. La noción de admisibilidad resulta relevante, pues implica la aceptación del medio de convicción por parte del órgano judicial de acuerdo al mérito probatorio alegado por cada una de las partes.

Así mismo, si se realiza un parangón entre lo que ocurre en el trámite penal y el incidental, es indudable que esta primera audiencia se asemeja a lo acontecido en la formulación de acusación cuando delimita el tema de la prueba y señala cuál es la actividad que se va a desarrollar, es decir, esa es la oportunidad para realizar «una enunciación o descubrimiento de las pruebas que se harán valer para demostrar el *petitum*, modificando la figura del ente acusador por el apoderado de víctimas dentro del incidente» (Hernández, 2010a, p. 272). En efecto, en dicha oportunidad procesal se plantea «un enfoque fáctico del daño, cómo va a probarlo y cuáles son las consecuencias jurídicas de ese enfoque que anunció» (Acosta, 2010, p. 42); en otras palabras, se realiza la fijación del objeto de la prueba (*tema probandum*) y se aplica el artículo 376 del C.P.P. cuando establece las condiciones generales de admisibilidad probatoria.

En la segunda audiencia de incidente, el condenado debe anunciar y ofrecer los medios de prueba que pretende materializar en la tercera audiencia tendente a desvirtuar el *petitum* del solicitante (art. 104, C.P.P.). Esta diligencia

se asemeja a la audiencia preparatoria en la cual se realiza el ofrecimiento de los elementos materiales probatorios para atacar la pretensión de la contraparte, pronunciándose el juez frente a dichos elementos (Hernández, 2010a, p. 272). Sin duda, una vez más queda demostrado que son adaptables las normas probatorias al incidente y esto obedece a que «se ciñen bajo las mismas reglas y culminan, luego de las alegaciones de las partes, con la declaratoria de responsabilidad penal y civil» (Hernández, 2010a, p. 272). Como se ve, esta es la oportunidad que delimita el tópico probatorio en cabeza del condenado para que refute los planteamientos del solicitante, aporte los medios de convicción que sean de su interés y solicite la práctica de pruebas. Se evidencia, así, una fase de depuración probatoria compuesta por una solicitud mediante la cual el juez exige que se sustente la licitud, conducencia y pertinencia de las pruebas.

En la tercera audiencia, se adelanta la actividad contradictoria en la cual los participantes en la escena discuten los elementos de juicio que utilizan de soporte a la esfera de sus intereses. Por ello, resulta armónico comparar este espacio, dada la transcendencia de discusión de cara al juicio oral como instrumento que garantiza «los principios de publicidad, oralidad, inmediación de la prueba, contradicción, concentración, con todas las garantías, presupuestos de validez para que exista un pronunciamiento de fondo de un juez independiente e imparcial» (Albarracín, 2009, p. 123). En este momento procesal cada una de las partes intenta hacer valer sus pruebas, discute los argumentos de la otra y convence al juez de la veracidad de sus afirmaciones, con el fin de que este tenga una comprensión completa y actual de la discusión. Se presenta la necesidad de probar y el derecho procesal penal contiene todas las reglas destinadas a materializar «la promoción, admisión, incorporación, práctica y valoración de los distintos medios de prueba» (Pérez, 2015, p. 226) que son aplicables al incidente de reparación integral, pues existen en el ordenamiento normas procesales que regulan los derechos a probar, oponerse a la prueba de la contraparte, las consecuencias que generan no probar, la oportunidad y la forma para probar y, en fin, el modo de valorar la prueba. En palabras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (en lo sucesivo TSC) para demostrar idóneamente los perjuicios ocasionados con el delito es necesario que

las pruebas sean incorporadas y valoradas de acuerdo con las reglas del juicio oral (Sent. 3/6/2015, Rad.: 76...51, TSC, p. 4).

La acción civil ex-delicto en el derecho comparado. La reclamación civil en sede penal no es exclusiva de la legislación procesal penal colombiana, pues se presenta en la mayoría de ordenamientos jurídicos. Así, entonces, se realiza una breve aproximación en cuanto a las características propias de la referida acción en las legislaciones de Chile, Venezuela y Bolivia encontrando en cada una de ellas más afinidades que asimetrías; por ello, en esos países este instituto procesal se encuentra en el C.P.P. y varía de nominación. Por ejemplo, en Colombia se llama «incidente de reparación integral», mientras que en Chile se consagra como «la acción civil» (Ley 19696 de 2000, art. 59). Por su parte, Bolivia la denomina «el procedimiento para la reparación del daño» (Ley 1970 de 1999, art. 382) y, por último, Venezuela (Código Orgánico Procesal Penal, art. 415), la conoce como «la acción civil derivada del delito».

Los presupuestos procesales de la petición de indemnización que plantean los distintos ordenamientos legales tienen rasgos comunes en cuanto a la finalidad (obtener la reparación integral de perjuicios), la legitimación (víctima, perjudicado, herederos) y el principio dispositivo que la rige atendiendo a su naturaleza fundamentalmente económica. La forma de ser ejercida esta reclamación de la responsabilidad civil derivada del delito ha sido tratada, históricamente hablando, de tres maneras posibles en las legislaciones concretas: 1. De forma independiente ante la jurisdicción civil; 2. Durante el proceso penal de manera conjunta con la exigencia de la responsabilidad penal o como un incidente especial; y, 3. ante los tribunales de lo penal después de la firmeza de la sentencia condenatoria (Pérez, 2015, p. 565).

Por ejemplo, en Chile la acción civil resarcitoria puede ser ejercida conjuntamente con la acción penal y es regulada específicamente por las normas del C.P.P. en razón a que ambas se hacen derivar de los mismos hechos y pueden probarse con similares medios de prueba, a tal punto que se aplican los principios probatorios del juicio oral en cuanto a la procedencia, oportunidad, forma de rendirla y apreciación de su fuerza probatoria. Sin embargo,

la acción civil dentro del proceso penal mantiene su naturaleza privada frente al *onus probandi* (Horvitz & López, 2004, p. 44).

De esta forma, la codificación chilena demuestra que la vinculación o interrelación que ostentan el derecho procesal penal y la acción reparatoria es evidente, por tal razón no tiene sentido acudir a otra legislación que incluso va en contravía como la procesal civil que cuenta con figuras procesales inaplicables como las de la prueba legal o tasada, ni la tacha a testigos inhábiles proscritas exclusivamente para procesos de dicha naturaleza. Además, se debe anotar que al aplicar las reglas del *onus probandi* se pasa a un sistema de libre valoración teniendo en cuenta los principios de la lógica, los conocimientos científicamente estables y las máximas de la experiencia (Marín, 2005, p. 34).

Como se ve, el modo de reclamar la responsabilidad civil derivada del delito opta por un sistema acumulativo y cuenta con una serie de normas dirigidas a tutelar la relación jurídica que se presenta. Aquí existe una dependencia del objeto principal que para ser efectivo requiere de la presentación de una demanda civil en el curso del trámite penal, acto que interrumpe el término de prescripción civil, que es de cuatro años contados a partir de la ocurrencia del hecho.

En cambio, en otros ordenamientos como el boliviano y el venezolano se permite reclamar la responsabilidad ante el mismo tribunal pero únicamente después de que la sentencia condenatoria se encuentre en firme. Sobre el particular, en Venezuela, la acción derivada del delito se entiende como una causa que tiene una connotación civil pero frente a su ejercicio, nacimiento y depuración, operan las normas penales (una combinación heterogénea/mixta), en la medida en que comparten el mismo origen que es la infracción penal por lo cual se torna accesoria del delito (Tamayo, 2011, p. 4). Por esta razón, el Código Orgánico Procesal Penal identifica esta institución bajo la rúbrica de los procedimientos especiales a la acción civil derivada del delito, donde consagra el fundamento teórico y procesal de dicha acción que se encuentra compuesta por la interposición de la demanda, la admisión, el decreto de intimidación, la intimidación, la audiencia de conciliación, la audiencia

para la recepción de pruebas, la sentencia y la ejecución de la misma (Pérez, 2011, p. 94).

La citada ley estructura la acción civil derivada del delito la cual consta de una fase escrita que, si bien se podría asimilar a una demanda, no cumple con los presupuestos de la teoría de sustanciación porque no es necesario relacionar o articular los hechos debido a que existe una identidad del elemento fáctico que fue establecido al interior del trámite penal (Suárez, 2012, p. 41). En esa línea sigue el decreto de la intimidación oportunidad en la cual se ordena la reparación del daño o la indemnización de perjuicios a través de un auto que declara admisible la demanda, cuyo contenido refiere la identificación de las partes, a la orden de reparar los daños con la descripción concreta, y la orden de intimidación a cumplir la indemnización o la reparación, o, en caso contrario, procede objetarla dentro del término de diez (10) días. Y, por último, se deben embargar bienes suficientes para responder por la reparación o la indemnización (Pérez, 2011, p. 100).

La audiencia de recepción de pruebas y de decisión es el escenario donde las partes incorporan los medios de convencimiento y se adelanta la actividad probatoria, la cual se sigue conforme a las reglas del juicio penal en razón a que se aplica la supletoriedad del procedimiento ordinario para los procedimientos especiales. Para finalizar, el órgano jurisdiccional emite la sentencia que ordena la reparación del daño y/o la indemnización de perjuicios.

Por su parte, Bolivia prevé igualmente el procedimiento para la reparación del daño en una fase inicial denominada demanda, donde el juez procede a examinarla y a verificar si cumple con los presupuestos de la acción resarcitoria. Una vez admite la demanda, procede a citar a las partes a una audiencia oral para determinar la relación de causalidad y realizar la evaluación de los daños para finalmente imponer las medidas cautelares que considere pertinentes. Posteriormente, convoca a una última audiencia en la cual procura la conciliación de las partes, y, dado el caso de que no lleguen a ningún tipo de acuerdo, se dispone la producción de la prueba (mixta), la evaluación del daño y su relación directa con el hecho.

La segunda consecuencia es la necesidad de incorporar evidencias a través del testigo de acreditación. Debe anotarse que el testigo de acreditación adquiere relevancia en el debate probatorio por cuanto su presencia se hace necesaria para la incorporación de elementos materiales probatorios y de evidencia física al juicio oral. Esta exigencia procesal es propia de este sistema de carácter adversativo (Bernal & Montealegre, 2004, p. 134), en el cual las partes deben procurar el convencimiento del juzgador, y, de no lograrse, se imposibilita la obtención de una decisión favorable para una de las partes (Gómez, 2015, p. 221). Así las cosas, si se tiene en cuenta que en el mencionado incidente se materializan los principios de inmediación (artículo 16), concentración (artículo 17), publicidad (artículo 18) y oralidad (artículo 9) contenidos en el C.P.P., que garantizan las facultades de aportar, controvertir, discutir, analizar las pruebas que se alleguen, sin que se permita que su simple aporte sea de manera informal en la actuación incumpliendo el trámite legal (Sent. 20/5/2015, Rad.: 11...01, TSB, p. 6).

Así las cosas, el método de autenticación aplicable tanto al debate público como al trámite incidental tiene como propósito garantizar que el elemento material probatorio que se aduce como prueba por cualquiera de las partes, corresponda al mismo que se recaudó o que el contenido del documento sea auténtico, es decir, se tenga certeza de que proviene de quien lo elaboró. Aquí no opera el principio de permanencia de la prueba, pues es necesaria la evaluación de la misma por parte del operador judicial que es el encargado de constatar a través del testigo la autenticidad, pertinencia y confrontación; de esta forma, se vela por la unidad del acto entre la recepción de la prueba y su evaluación (Sanabria, 2015, p. 46).

Al practicarse dichas pruebas en el debate oral o incidental deben allegarse los testigos de acreditación, haciendo énfasis en que debe asistir aquella persona quien estampó su rúbrica en el documento para constatar la autenticidad y, por ende, que sean tenidas en cuenta en el fallo de responsabilidad pecuniaria. No obstante, las declaraciones suministradas por el testigo no podrán ser sustituidas por escritos o documentos previos, lo que exige por parte del

solicitante el dominio de las reglas técnicas con las cuales se configura lo exigido procesalmente en el escenario oral (Decastro, 2008, p. 133).

La razón de ser de la incorporación de la evidencia en el trámite incidental radica en que es un presupuesto en el proceso penal que conlleva a la validez de la prueba y facilita la verificación de los elementos recogidos tanto por la fiscalía como por la defensa (Solórzano, 2010, p. 361); aquí, pues, la percepción del juzgador no puede limitarse a la simple lectura sino que está llamado a controlar y relacionar cada medio, situación que se materializa con la presencia de una persona que «nos diga que, dicho, objeto o documento es lo que la parte que lo presenta asegura que es» (Baytelman & Duce, 2006, p. 59).

Dicho esto, el C.P.P. impone los tres aspectos esenciales que se deben tener en cuenta: i) Las reglas de producción de la prueba, ii) Las reglas de apreciación; y, iii) se debe tener en cuenta que únicamente se puede dictar fallo condenatorio con base en la prueba, es decir, con la evidencia que luego de su inmediación, concentración, contradicción y publicidad, logró adquirir dicha condición (Daza, 2006, p. 218). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señala:

La manera de introducir las evidencias, objetos y documentos al juicio oral se cumple, básicamente, a través de un testigo de acreditación, quien se encargará de afirmar en audiencia pública que una evidencia, elemento, objeto o documento es lo que la parte que lo aporta dice que es [...] (Sent. 21/02/2007, Rad.: 25920, CSJ, p. 25).

En efecto, esta condición debe ser valorada en sede de juicio oral y se requiere, tal como lo explican los profesores Solórzano (2010), Reyes & Said (2009), de cierto método de incorporación y autenticación: a) escoger el testigo a través del cual se va incorporar la evidencia; b) sentar las bases probatorias; c) marcar la evidencia; d) mostrar lo identificado a la otra parte; e) exhibir lo identificado al testigo de acreditación; f) realizar la identificación o reconocimiento del objeto por parte del testigo de acreditación; g) solicitar la incorporación como prueba; y, en fin, h) utilizar la prueba.

Una vez realizado lo anterior, en la tercera audiencia del incidente de reparación integral se requiere la incorporación de documentos privados a través del testigo de acreditación, quien testifica sobre el contenido o la forma de obtención del documento para que se cumpla con las técnicas de incorporación previstas en el C.P.P. A esta precisión llegó la Corte Suprema de Justicia, luego de considerar que cuando se trata de documentos públicos estos no requieren ser introducidos mediante testigo de acreditación porque los mismos cuentan con la presunción de autenticidad, lo cual hace procedente su estudio (Sent. 26/1/2009, Rad.: 31049, CSJ).

Sin embargo, esa Corporación varió su postura advirtiendo que con independencia de la calidad del documento (público o privado), es necesario que sea introducido a través del testimonio surtido por el testigo (Sent. SP13709/2014, CSJ, p. 16; y Auto AP5233/2014, CSJ, p. 20). Luego dicha posición jurisprudencial cambió una vez más, según la sentencia SP7732 de 2017 (p. 13) del mismo colegiado al sostener que «el testigo de acreditación solo es indispensable para introducir documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad y los que gozan de esta presunción pueden ser ingresados directamente por la parte interesada».

Acorde con la práctica acusatoria, en la audiencia de la práctica probatoria del incidente de reparación integral se concreta el principio de publicidad del debate procesal, y se incorporan a través del testigo de acreditación los elementos materiales probatorios y la evidencia física con base en las reglas detalladas. En este contexto, puede decirse que la prueba cobra validez una vez sea acreditada y autenticada por el solicitante en la tercera audiencia de pruebas, teniendo la aplicabilidad de las características del juicio oral en materia penal.

La libertad probatoria sería la tercera consecuencia de este enfoque penal. En materia punitiva, la regla general es que no existe ninguna restricción para que se opte por cualquier medio de prueba siempre que ella cumpla con los presupuestos de relevancia y legalidad para probar determinado hecho (Sent. SP134/2016, CSJ, p. 23); por ello, el C.P.P. establece en el artículo 373 que la libertad probatoria es un presupuesto en el trámite penal, dejando de lado

la conservación de la prueba o la permanencia de la misma (Saray, 2015, p. 607). De esta manera, si se observa esta consecuencia en el trámite incidental resulta claro que al juez no le es dado exigir determinada prueba encaminada a demostrar el daño causado con la ilicitud, teniendo en cuenta que la finalidad intrínseca en materia punitiva «es la de llevar al juzgador al conocimiento de los hechos por cualquier medio, siempre que sea legal y respete los derechos fundamentales» (Sent. SP2998/2014, CSJ, p. 38; y Sent. 24/10/2007, Rad.: 21577, CSJ). Por ende, no es aplicable la tarifa legal dentro del sistema acusatorio que es regido por el principio de libertad probatoria.

También, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en la sentencia proferida el día 8 de julio de 2014 (p. 6), Radicado N.º 11...60, admitió que, para demostrar los perjuicios materiales en sede incidental, puede utilizarse cualquier medio de prueba, siempre y cuando cuente con la idoneidad para demostrar el daño material, real y concreto causado con la conducta delictual. En este escenario, el juez de instancia no puede «exigir prueba documental como requisito *sine qua non*, creando así una especie de tarifa legal inadmisibles dentro del sistema acusatorio, gobernado precisamente por el principio de libertad probatoria» (Sent. 8/7/2014, Rad.: 11...60, TSB, p. 6). En síntesis, resulta imperioso que en el incidente de reparación integral el apoderado de las víctimas cumpla con la carga de la prueba que le atañe, sin que se pueda restringir a una prueba determinada por parte del juzgador; es decir, la escogencia de los medios de prueba es una facultad que debe ejercerse en el marco de los requisitos constitucionales y legales de cada medio probatorio.

La última consecuencia corresponde a la especialidad del juez penal. Nuestro ordenamiento ha distribuido las competencias de tal forma que la asignación de una especialidad va conforme al conocimiento jurídico del área a la que pertenezca el pleito, las calidades de los sujetos de la pretensión, las características del objeto de la pretensión, el lugar donde tiene origen el litigio, la conexidad de unas pretensiones con otras y las diversas etapas del debate (Rojas, 2013, p. 123). Por ello, el legislador asigna dentro de la jurisdicción

ordinaria una serie de especialidades y competencias concretas. El juez penal no es ajeno a esta distribución tal y como se observa en la codificación procesal penal, en el Libro I, Disposiciones generales, Título I, «jurisdicción y competencia», donde los asuntos son específicos. Al respecto Chiovenda (citado en Levene, 1993, p. 99) explica que tanto la actividad desplegada por el órgano jurisdiccional como las partes se someten a determinadas condiciones de lugar, tiempo y modo, y todo ello constituye un orden conservado por las formas procesales.

No obstante, las relaciones entre la conducta punible y el daño son fenómenos distintos que se interrelacionan por la flexibilidad de la determinación del hecho generador (Montoya, 2007, p. 159). Para Gaviria (2014, p. 45), en aras de salvaguardar el principio de economía procesal y aplacar la demora en el proceso penal e impedir decisiones contradictorias, el legislador autorizó que el juez penal se reserve el conocimiento de las consecuencias de orden civil. Así mismo, se debe añadir que esto se da con el propósito de proteger a las víctimas del actuar criminal por lo cual «los legisladores suelen prever la posibilidad de que la acción civil se haga valer en el proceso penal respectivo y ante el mismo dispensador de justicia que lo ritúa, a elección del perjudicado» (Velásquez, 2018, p. 838).

Así se observa que por mandato del C.P.P., el incidente de reparación integral se realiza ante el juez penal de conocimiento, porque dentro de las funciones que detenta se encuentra encargado de realizar el juzgamiento y decidir sobre los intereses pecuniarios de la víctima. Por ejemplo, cuando se invoca ante la jurisdicción civil la existencia de un delito y se reclaman los perjuicios derivados de la misma, es necesario que se tenga definida la responsabilidad penal para proceder al reconocimiento de dicha irrogación y, entonces, se observa cómo el juez civil carece de tal competencia para pronunciarse frente a la existencia del delito en la medida en que no hace parte de sus funciones (Sánchez, Arcila & Rojas, 2011, p. 37), teniendo en cuenta que los principios específicos del proceso penal permiten informar el actuar del juzgador favoreciendo la unidad de la prueba y la celeridad procesal.

La postura netamente civil o el procedimiento civil

En opinión contraria a la tesis descrita, se hallan quienes piensan que las reglas probatorias aplicables al trámite incidental son las contenidas en el C.G.P., que es la tendencia mayoritaria (Saray, 2015; y Gaviria, 2014), acogida por la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales del Distrito Judicial de Bogotá (TSB) y Buga (TSBU). La preferencia de tal régimen da al incidente de reparación integral un carácter de proceso entre partes que se rige por las normas del derecho civil sustantivo, al igual que los principios inspiradores de la responsabilidad extracontractual imperantes en dicho ámbito (Velásquez, 2018, p. 838). En palabras de Martínez (2006, p. 519), el delito se encuentra contenido en el término genérico que se conoce como el hecho dañoso que deriva responsabilidad civil. Para Tamayo, la responsabilidad civil incluye:

Todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. Se puede decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado de forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros (2007, p. 8).

Sea conveniente, entonces, afirmar que las fuentes de las obligaciones civiles —según los doctrinantes Valencia & Ortiz (1998), Ospina (1998) y Tamayo (2007)— se concentran en los actos jurídicos y los hechos jurídicos. Los primeros, son la consecuencia de la manifestación de la voluntad tendente a generar efectos jurídicos los cuales pueden ser unilaterales, bilaterales y plurilaterales; y, los segundos, se circunscriben a todo comportamiento humano voluntario e involuntario, por acción o por omisión, que puede ser lícito o ilícito y produce efectos jurídicos sin estar orientado a ello. Estos últimos, ocurren cuando una persona por acción u omisión despliega conductas fijadas por el derecho positivo, como por ejemplo cuando se presenta un incumplimiento contractual como sustraerse a las cargas obligacionales derivadas del negocio jurídico o aquellas que se derivan de un hecho ilícito como el delito.

En consecuencia, el hecho ilícito es una actuación que genera un daño que se presenta por vulneración al principio de prudencia exigible a todos los sujetos; por ello, es oportuno señalar que ilícito en el ámbito civil es aquello

contrario a derecho, mientras que para el derecho penal hace referencia al delito. Así, la responsabilidad civil se cimienta en los hechos ilícitos, comoquiera que se generan daños que deben ser ciertos y concretos, pues no se podría pensar en dar apertura a una acción civil cuando en el trámite penal se haya demostrado que el hecho investigado no haya existido, o que el procesado no lo cometió, o que actuó en cumplimiento de un deber o legítima defensa (Tamayo, 2007, p. 178). No obstante, no siempre que se emita una sentencia condenatoria, habrá lugar a una indemnización de perjuicios.

Ahora bien, la obligación de indemnizar a cargo del condenado o tercero civilmente responsable se logra efectivizar en el ejercicio del incidente que busca demostrarlo y se apoya en un hecho penalmente incriminado que ya se encuentra declarado, por lo que resulta improcedente acudir a las reglas probatorias del C.P.P. aplicables para el juicio sobre las conductas punibles (Sent. 7/7/2016, Rad.: 11...01, TSB, p. 5). De tal manera que, tal como se encuentra regulado en el incidente de reparación integral, no se presenta acusación ni descubrimiento probatorio por lo que no puede exigirse al incidentante que lo realice (Sent. 20/5/2014, Rad.: 11...97, TSB, p. 6).

Como ya se dijo, el C.G.P. es la normatividad llamada a suplir los vacíos que se encuentren en la regulación del proceso de incidente de reparación integral en razón al principio de integración normativa (art. 25 del C.P.P.), al igual que por interpretación judicial (Sent. SP6029/2017, CSJ, p. 14). Por lo tanto, se establece la admisibilidad y pertinencia de las pruebas a la luz de las normas civiles, señalando varias consecuencias en los siguientes términos:

La primera consecuencia es que los criterios probatorios del trámite incidental se someten a las reglas del Código General del Proceso. El decreto de prueba de oficio es aplicable. Según esta corriente, la esencia del incidente de reparación integral se equipara a un proceso netamente declarativo, comoquiera que el derecho subjetivo que sustenta el reclamo se encuentra en estado de indefinición o incertidumbre, para que la autoridad judicial emita un pronunciamiento de fondo (Osorio, 2016, p. 60), cabe por ello afirmar que en el trámite incidental el efecto jurídico perseguido es la estimación

de los perjuicios generados por el delito, que tenga que solventar la persona causante del agravio. Así, en opinión de Badillo (2011, p. 60) la finalidad del proceso declarativo en sede civil en la relación jurídico procesal planteada pretende conferir certeza al derecho material plasmado en la demanda, más concretamente en el acto de reclamo denominado pretensión. Situación que tiene plena correspondencia con lo que ocurre en el incidente de reparación integral, toda vez que no existe certeza jurídica sobre el derecho pero sí sobre la fuente de la obligación de reparar (hecho ilícito).

Por eso, esta tendencia explica el tratamiento probatorio que debe aplicarse al interior del incidente de reparación que está sujeto a lo previsto en el C.G.P. en lo relacionado con el ofrecimiento, la admisibilidad y el modo de producción de la prueba. Acá corresponde a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, es decir, integrándose el contradictorio en sede declarativa de responsabilidad civil. Tendrá, entonces, el demandante la carga probatoria de aportar los elementos de convicción suficientes que logren probar el hecho, los daños y el nexo causal que asocia estos dos conceptos, por lo cual es claro que el patente debe aportar al debate procesal no solo dichos elementos de prueba sino también otros que acrediten los perjuicios y el monto a reclamar.

En todo caso, el Código de Procedimiento Civil vigente posibilita que conforme a las reglas particulares de cada caso el juzgador, de oficio o a petición de parte, debe distribuir la carga probatoria al decretar las pruebas exigiendo que la parte que tenga una mayor proximidad o se encuentre en una condición más favorable de aportar la evidencia, lo realice (Forero, 2012, p. 232). Así, entonces, al órgano jurisdiccional le corresponde impulsar el proceso decretando pruebas de oficio cuando sean necesarias (Artículo 169 del C.G.P.), esto sin descartar el deber adscrito a las partes de probar (López, 2017, p. 153). Dicho en otras palabras, la prueba en el incidente no es del resorte exclusivo de las partes sino que, por el contrario, el juez penal de conocimiento se despoja de su función represiva y pasa a tener iniciativa probatoria con el propósito de buscar la certeza y el monto indemnizatorio para,

finalmente, establecer la verdad material en frente de los intereses en pugna (Rivera, 2016, p. 681).

No obstante, la jurisprudencia reconoce que dicha facultad —la cual debe asumir el juzgador en el curso del incidente de reparación integral— se encuentra limitada debido a la necesidad de constatar los hechos alegados por los sujetos procesales. Así, por ejemplo, en el proceso incidental que se promueva se pueden decretar pruebas de oficio por parte del órgano jurisdiccional pero se requiere emitir una providencia que no es susceptible de recurso y, luego de ello, señalar un término para su práctica en audiencia con el propósito de garantizar el derecho de contradicción de los sujetos implicados (Ramírez, 2009, p. 361).

Esta posición encaminada a establecer que el impulso procesal en algunas ocasiones corre a cargo del juez ha sido ratificada por múltiples pronunciamientos de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal y de la Corte Constitucional según. Las cuales el decreto oficioso de pruebas se considera un deber de orden funcional en cabeza del juzgador que ejerce la dirección o supervisión del proceso, por lo cual sus facultades son mayores en procura de una mejor dinámica procesal con el propósito de hallar la verdad como presupuesto de justicia (Cano, 2014, p. 454). Lo anterior, como corolario del deber que tienen los jueces civiles de emplear los poderes que el estatuto procedimental les da en el tema probatorio, con el objeto de constatar los hechos alegados por los contendientes del proceso (véase numeral 4 art. 42 C.G.P.). Sin embargo, esa atribución de diligencia y actividad probatoria en el proceso penal recae exclusivamente en la Fiscalía, y en ninguna situación se puede invertir esa carga probatoria; por el contrario, el C.P.P. prohíbe que el juez penal decrete pruebas de oficio (Cano, 2014, p. 455).

En consecuencia, en la sentencia SU-768 de 2014 expedida por la Corte Constitucional, se dijo:

El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que éstas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad

de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes.

De otra parte, nótese que cuando se trata la relación jurídica procesal en el precitado trámite incidental se identifican dos extremos: el demandante (incidentante) y demandado (incidentado), y opera el principio de impulso a instancia según el cual a cada parte le corresponde evacuar la carga en virtud de la autorresponsabilidad. Frente a este principio que está presente fundamentalmente en procedimientos dispositivos, Parra (2006, p. 5), se explica que «incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen». En otras palabras, es necesario que ese impulso provenga de la parte a quien corresponda aportar pruebas de sus alegaciones y, en caso de inactividad, debe acatar las consecuencias que ello conlleva (Nisimblat, 2016, p. 214).

Por tal razón, este principio que rebasa en la esfera privada de las partes el denominado postulado de la carga de la prueba, se considera como:

Una regla de juicio, que les indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además le indica al juez como debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos (Parra, 2006, p. 242).

Esta forma de conducta que deben asumir los sujetos procesales en el curso del incidente de reparación integral resulta de especial importancia dentro de las instituciones consagradas en el derecho procesal civil, pues obliga a probar determinados hechos en su propio interés de tal modo que si no cumplen con ese imperativo se ubican en una situación de desventaja respecto de los efectos desfavorables de la sentencia (Rivera, 2016, p. 654). Aquí, por supuesto, el apoderado de víctimas ostenta la condición de parte más comprometida en el trámite incidental, pues está llamado a formular su reclamación y a demostrar el hecho afirmado (artículo 167, C.G.P.) que alude al principio de «quien alega debe probar» (Código Civil, artículo 1757), por lo cual es nece-

sario que allegue en la oportunidad procesal pertinente la mayor cantidad de elementos de juicio que puedan ofrecer luces al juzgador de manera objetiva, razonada y cierta frente al monto a reclamar; aunque, el juez cuenta con la facultad de redistribuir la carga de probar.

La Corte Constitucional se pronuncia acerca de la carga de la prueba, de la siguiente manera:

Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: «onues probando incumbit actori», al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción «reus, in excipiendo, fit actor», el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que se funda su defensa; y, «actore nono probante, reus absolvitur», según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción (Sentencia C-070, 1993, CConst).

Dicho lo anterior, una vez las partes dispongan de las actuaciones, el desarrollo del proceso declarativo consta de dos etapas específicas: a) la primera que es una fase puramente escritural donde se integra la relación jurídica, en la cual se plantea la pretensión tendente a declarar la responsabilidad civil del demandado y, como consecuencia de ello, las condenas indemnizatorias a que haya lugar y su contestación, espacio adecuado para que el demandado ejercite su derecho de defensa alegando las excepciones a que haya lugar; b) una segunda etapa, surtida en audiencia oral en la que se intenta conciliar, se interroga de manera suficiente a las partes para esclarecer los hechos alegados, se fija el litigio precisando respecto a qué hechos existe controversia, se realiza un control de legalidad con el fin de purificar el proceso de vicios, nulidades o irregularidades procesales que pudieran afectar su curso, se presenta el decreto y la práctica probatoria, las partes se pronuncian presentando los alegatos de conclusión y, para culminar, se emite pronunciamiento de forma oral. Así las cosas, el incidente de reparación supone actos procesales que se adelantan con la intervención de las partes, las cuales presentan pedimentos, oposiciones y alegaciones, en relación con unos daños como consecuencia del injusto penal.

Por tanto, se considera que tanto el trámite del proceso declarativo de naturaleza civil como el incidental que cursa en sede penal se caracterizan por el hecho de que durante su realización se plantean varios momentos: i) La demanda donde se realiza el planteamiento de la pretensión y se relacionan las pruebas correspondería a lo que realiza el apoderado de víctimas en la primera audiencia de incidente de reparación integral; ii), la contestación de la demanda así como la proposición de excepciones para enervar la pretensión del demandante se asemeja a la actividad que despliega el condenado en la segunda audiencia de incidente de reparación integral; y, iii), la audiencia de instrucción y juzgamiento asemejada a lo que se realiza en la tercera audiencia de incidente de reparación integral, debido a que se erige como la fase plenaria del proceso donde se practican los medios probatorios, se escuchan los alegatos y se adopta una sentencia por parte del operador judicial.

De lo anteriormente dicho, y en relación con el aspecto probatorio que se despliega tanto en el proceso declarativo de naturaleza civil como en el incidente, se infiere que el trámite correspondiente se integra por una sucesión de actos procesales: En primer lugar, de producción y obtención de la prueba. Al efecto, es necesario tener en cuenta los requisitos intrínsecos y extrínsecos de la prueba; al respecto, dice Devis (1995, p. 276), que este momento procesal es transcendental toda vez que el juez no solo tiene el deber de averiguar los hechos que configuran la causa de la pretensión si no constatar los elementos de convicción para el reconocimiento judicial perseguido. En segundo lugar, el aseguramiento o defensa de la prueba que consiste en adoptar las medidas eficaces para preservarla evitando que no se pierda o altere.

En tercer lugar la aducción y presentación de la prueba, es decir, es necesario discriminarla para que el juez proceda a decretarla por lo que se torna necesario precisar las condiciones extrínsecas (tiempo, modo y lugar) e intrínsecas (legitimación, competencia y capacidad). En cuarto lugar, el decreto de la prueba implica la aceptación por parte del juez del medio que se presenta y cuándo se ordena la práctica de las mismas; y, en quinto lugar, la de la prueba, entendiendo por tal la valoración que realiza el órgano judicial mediante las «operaciones sensoriales e intelectuales de éste, necesarias para conocerlo

y entenderlo, es decir, para saber en qué consiste y cuál es su contenido (sin que en esta fase proceda todavía a valorar su mérito o fuerza de convicción)» (Devis, 1995, p. 276).

Es preciso advertir que la actividad probatoria en el incidente es absolutamente facultativa de las partes y está condicionada a oportunidades legales precisas, que luego son sometidas a reglas de valoración por parte del juzgador. Debe tenerse en cuenta, además, que existen múltiples medios de conocimiento a los que se puede acudir para probar los daños, generalmente la prueba testimonial, porque es el testigo quien informa al juez sobre los hechos causa de la pretensión y, por tal razón, se convierte en el mejor aliado para que prospere la acción. De esta manera, la ritualidad legalmente establecida es la siguiente: artículo 373, C.G.P.: i) Se procede a fijar el objeto del litigio, luego de que se interrogue a las partes acerca de los hechos admitidos rechazando las pruebas innecesarias; y, ii), las demás pruebas se evacúan mediante interrogatorio a los peritos convocados a solicitud de parte o de oficio. Se adelantan las declaraciones de los testigos que asistan; y, por último, la ley predica que se exhiban los documentos.

La simple aducción documental corresponde a la segunda consecuencia si se adopta este criterio. Una característica común del procedimiento civil señala que quien alude a un documento debe acudir a la simple aducción, lo que se muestra acertado aplicar en el trámite incidental, dado que todos los documentos gozan de la presunción de autenticidad y son considerados un medio objetivo de prueba y la parte interesada es quien los aporta. Sobre este concepto, el tratadista Azula señaló que: «es todo objeto producto, directo o indirecto, de la voluntad humana que contiene una declaración o representación de un hecho» (2015, p. 218). De ahí que para que exista se debe tratar de: i) una cosa u objeto formado a través de un acto humano con carácter representativo; ii) que represente un hecho; y, además, iii), que tenga significado probatorio.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que existen documentos tanto privados como públicos que están dotados de la presunción de autenticidad, incluso si se tratase de meras copias, cuyo uso puede ser empleado con el fin de

probar un hecho en el incidente de reparación integral (art. 244, inc. 2°, del C.G.P.). De tal suerte que, a partir de la Ley 1395 de 2010, los documentos privados que provengan de las partes y sean arrimados a un proceso judicial con fines probatorios se presumen auténticos, por lo cual no es dado exigir constancia o certificación adicional; incluso, solo la parte a la que se atribuye dicho documento podrá tacharlo de falso o desconocerlo si este no fue suscrito por él. Esta tesis ha sido ratificada en la Sentencia T-018 de 2011 expedida por la Corte Constitucional.

Lo anterior implica que no se requiere acudir al método de autenticación de la prueba documental propio del proceso penal, pues la valoración probatoria en el incidente de reparación integral se presenta conforme a las reglas de apreciación probatoria y la sana crítica con fundamento en la autenticidad de los documentos. A su vez, sobre la aportación de los mismos el C.G.P. establece en su artículo 245 que se aportaran en original o copia. En el evento de que una de las partes arrime la copia, se le debe exigir que indique de forma precisa y detallada en dónde se encuentra el original para provocar la aportación de los mismos que se encuentren en su poder. Obviamente, el valor probatorio de los documentos privados y públicos es el mismo trátese de quienes lo crearon o firmaron, los herederos o los terceros (art. 260 C.G.P.). Así las cosas, por ejemplo, cuando se pretenda impugnar un documento en el trámite incidental, se debe acudir a ciertas figuras procesales que permiten garantizar el contradictorio como la tacha de falsedad, la exhibición de documentos, o el cotejo de letras o firmas (arts. 266, 267 y 273 del C.G.P.).

¿Pero en qué consisten las figuras procesales mencionadas? Para dar respuesta, resulta indispensable acudir a la ley procesal civil que regula en el artículo 269 C.G.P. el asunto:

La parte a quien se atribuye un documento afirmándose que está suscrita o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó con esta y en los demás casos, en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba.

De ahí que el trámite que se deba desplegar a la luz del artículo 270 C.G.P. exige un escrito y, al proponerse, se tendrán que explicar las razones de la falsedad y acompañar los documentos para su demostración; una vez se da el traslado se procede a decretar las pruebas solicitadas y, a su vez, se ordena el respectivo cotejo de la firma o del manuscrito (Bejarano, 2012, p. 287). En lo relativo a la exhibición de documentos debe tenerse en cuenta que esta figura procesal se encuentra señalada en el artículo 265 C.G.P. según el cual «la parte que requiera utilizar documentos o cosas muebles, que se encuentre en custodia de la otra o de un tercero, deberá solicitar en el momento procesal correspondiente que se ordene su exhibición». De forma tal que el artículo 266 del C.G.P. señala: «quien pida la exhibición expresará los hechos que pretenda demostrar y deberá afirmar que el documento o la cosa se encuentra en poder de la persona llamada a exhibirlos».

La tercera consecuencia se relaciona con que los informes de opiniones periciales pueden ser tenidos como simples documentos sin necesidad de que concurra quien elaboró la base pericial. Por ello, cuando se trate de algún informe de contenido declarativo que requiera un conocimiento técnico y científico, el juzgador por ministerio de la ley (C.G.P., art. 228) analiza el dictamen pericial conforme al grado de credibilidad que contengan las conclusiones de los expertos en la materia. Así las cosas, se torna evidente que si alguna de las partes en el incidente de reparación integral acude a este medio de conocimiento se aplican las reglas descritas en el artículo en mención.

Al respecto, obsérvese como el artículo 231 del C.G.P. habla del desarrollo de esta prueba en la práctica y fija el término de entrega entre el dictamen escrito y la sustentación oral la cual no debe ser inferior a 10 días (decreto de oficio); cuando sean aportados por las partes deben realizarlo con la demanda o en la contestación. Se trata, entonces, de adelantar una contradicción de la experticia y, de esa forma, agotar preguntas aclaratorias o complementarias de la opinión del experto (Sent. 18/10/2016, Rad.: 76...02, TSBU, p. 8). Sobre el particular, es necesario que a la contraparte se le permita formular preguntas asertivas, con el fin de procurarse su defensa en aquellos aspectos que lo per-

judican, llevando al exponente a concluir en contra —o por lo menos de manera diferente— a lo que en principio había razonado (Tejeiro, 2014, p. 122).

No obstante, cuando la prueba sea decretada de oficio, cualquiera de los legitimados cuenta con la facultad de controvertir su contenido, a pesar de que no existe precepto que lo señale; asimismo, en el régimen procesal civil se definió la forma en que se desarrolla el interrogatorio al perito (artículo 221, numeral 4, del C.G.P.): primero, se señala el nombre, domicilio o lugar donde puede ser citado el perito, quien tiene participación en la tercera audiencia de incidente de reparación integral; luego, una vez evacuado el testimonio, la valoración por parte del juez se hace con base en las reglas de la sana crítica sin desatender las solemnidades proscritas para la validez o existencia de ciertos actos (Rivera, 2016, p. 675).

La postura ecléctica o intermedia

A diferencia de las posiciones anteriores, esta corriente reconoce que el incidente de reparación integral es un instituto jurídico procesal en materia penal y, en lo no previsto, solo en ese preciso evento, por analogía, resulta loable la aplicación de las normas civiles. Por ello, se debe estudiar este mecanismo resarcitorio a partir de la normatividad sustantiva y procesal que se ocupa del tema en la medida en que no se puede realizar un estudio aislado, pues existe una estrecha relación de conexidad (González, 2012, p. 717).

Dentro de este enfoque es necesario analizar sistemáticamente el conjunto de normas procesales en torno a la reparación integral, del cual deviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico que hablan de la materia: i) Con sujeción a lo establecido en el artículo 82, numeral 7, del Código Penal señala la figura de la reparación integral como casual expresa de extinción de la acción penal; ii), cuando se acude a la mediación (artículo 524, inc. 1) está presente la reparación, también cuando se acude al principio de oportunidad en la modalidad de suspensión de procedimiento a prueba conforme al artículo 325 del C.P.P. está la reparación integral; y, iii),

para la aplicación del principio de oportunidad, en particular, las causales 1, 7, 13 y 18 tienen la condición de la reparación integral de perjuicios. De manera que las normas deben aplicarse en consonancia con la naturaleza de las relaciones jurídicas que están llamadas a regular. A continuación, se exponen las consecuencias de la aplicación de esta corriente doctrinal:

El incidente es una figura propia del sistema penal acusatorio, pero si se presentan vacíos se debe acudir a la normatividad procesal civil.

Resulta obvio pregonar que el daño civil no es una materia exclusiva de las codificaciones de esta especialidad desde el punto vista sustancial y procesal; por ello, dice Núñez (1948, p. 17), la naturaleza privada de la acción civil surgida de la conducta delictual cuenta con características propias que impiden someter esta acción al mismo régimen legal que al trámite penal. Si bien las dos se derivan del delito su efectividad se orienta a materializar las responsabilidades derivadas del mismo, pero la finalidad de una y otra acción es totalmente diferente. Esta diversidad imposibilita que la titularidad del ejercicio de ambas acciones se determine según los mismos principios, y, lo que es más importante, restringe que el legislador pueda referirse con la misma libertad a dichas acciones (1948, p. 17).

Del segmento normativo del capítulo «Del ejercicio del incidente de reparación integral» referente a las disposiciones en las que se positiviza esta acción civil, se observan las normas jurídicas destinadas a regular el incidente de reparación en cuanto al trámite, procedencia, caducidad, vinculación del tercero civilmente responsable y la prueba. No obstante, se evidencian vacíos que se pueden llenar con la aplicación del C.G.P. en virtud del principio de integración normativa y se hace necesario consultar el contenido de otras disposiciones de la legislación civil y otras normas que se encuentren en armonía con la naturaleza del procedimiento.

De tal manera, que el incidente de reparación integral a diferencia del proceso civil no se compone de una fase escrita, sino de un cauce de trámites que se desarrollan mediante audiencias que se encuentran detalladas en el C.P.P.; ahora, con la ley en comento, se disgrega cuándo, cómo y dónde pro-

bar, y cuáles son los medios probatorios admisibles. Sin embargo, es posible distinguir figuras como el aseguramiento de la prueba, la exclusión y rechazo de la prueba, las estipulaciones probatorias, y, además, el testigo de acreditación entre otros pierden vigencia en este escenario procesal; la causa de ello es evidente y es que todo lo que involucra la responsabilidad penal del procesado se encuentra superado.

También es importante advertir que se presentan diferencias marcadas en los trámites, debido a que en el ámbito civil, las condiciones de iniciación de la demanda declarativa de responsabilidad civil son sumamente diferentes respecto a la apertura del trámite incidental, pues el primero supone un ejercicio de litigio constitutivo que persigue como finalidad, tal como lo refiere Pérez-Cruz, «la declaración de existencia o inexistencia de una relación o situación jurídica, modificarla o anularla y/o condenar al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer» (2001, p. 557). Situación disímil al escenario objeto de investigación, porque este último sí parte de una certeza respecto a la responsabilidad penal del victimario, declaración contenida en la sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada proferida por el juez penal y la cual está investida de la doble presunción de acierto y legalidad.

Es evidente, entonces, que la demanda declarativa de responsabilidad civil parte de la incertidumbre de la situación jurídica que se persigue sea declarada, y, por tanto, como ejercicio de declaración judicial se fundamenta en supuestos fácticos que deben ser acreditados probatoriamente en el plenario, con el objeto de obtener la determinación de la responsabilidad civil que pudiera predicarse respecto a aquel que ha producido el daño antijurídico. Así, pues, este escenario se concentra en la concreción de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, como son: la culpa, el daño y relación de causalidad entre aquélla y este. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia señala:

Condiciones estas que además de considerar el cuadro axiológico de la pretensión, definen el esquema de la carga probatoria del demandante, pues es a éste a quien le corresponde demostrar el menoscabo patrimonial o moral (daño) y que este se originó en la conducta culpable de quien demanda, porque al fin y al cabo la responsabilidad

se engasta en una relación jurídica entre dos sujetos: el autor del daño y quien lo padeció (Sent. 25/10/1999. Exp.: 5012, CSJ, con. 1).

La discusión actual se centra en el debate trazado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para el incidente de reparación integral como se infiere de las directrices señaladas en la decisión del 13 de abril de 2016 (Sent. SP4559/2016). Allí, se efectuó un análisis relativo a la aplicación de las reglas probatorias previstas para el incidente de reparación integral, otorgando especial acento en su naturaleza civil que ha de regirse por los principios generales del derecho privado y la autonomía de la voluntad, aunque se ejercite al interior del proceso penal. El caso examinado aludía a la revocatoria en segunda instancia del reconocimiento de los daños materiales (lucro cesante) a favor de una víctima del delito de lesiones personales culposas, al considerar que la prueba documental debió allegarse mediante un testigo de acreditación, conforme a las técnicas de incorporación aplicables al juicio oral lo cual no ocurrió.

Bajo el anterior marco fáctico, el alto Tribunal recordó que las cuestiones relativas al litigio tanto procesal y probatorio de que tratan las disposiciones de la Ley 906 de 2004, en líneas generales, están atadas exclusivamente al trámite penal, valga decir, solamente para determinar la existencia del delito y consecuente responsabilidad penal del acusado y no para efectos civiles. Para abordar este punto, resulta menester concretar que el objeto del proceso penal se encuentra señalado por «el esclarecimiento de una hipótesis comportamental que se ajuste a la estructura y naturaleza de la norma penal; el objeto del proceso lo constituye: el autor a quien se le imputa el delito» (Molina, 2012, p. 77).

Según el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, el objeto de la acción civil derivada de la conducta punible se encuentra diseñada en nuestro sistema procesal penal, como una etapa procesal idónea en la que se determina la cuantía del daño, sin ser cuestionables aspectos de la responsabilidad penal, pues para este momento se encuentra definido dicho aspecto (Saray, 2015, p. 23). La criminalización, investigación y sanción de conductas puni-

bles es la configuración propia de la pretensión punitiva del Estado; mientras que la reclamación sustancial, la concreción del daño y cuantificación formal se integran en la reparación de perjuicios (Saray, 2015, p. 11). Para Gaviria (2014, p. 37), la razón de circunscribir esta figura procesal a la exigibilidad civil radica en que es un asunto de carácter resarcitorio, propio del derecho privado, potestativo de la parte interesada donde prima el interés particular y la posibilidad de conciliar, transigir y desistir.

Para Molina (2012, p. 80, que sigue a Silva) «en materia civil existen partes en un sentido estricto; es decir, por un lado, habrá un sujeto que de manera parcial llevará a cabo la construcción o establecimiento de su pretensión», todo ello a diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal donde la pretensión punitiva se orientada a la búsqueda de la verdad, lo cual implica que coexistan dos procedimientos de distinta naturaleza, presupuestos y finalidades, que se pueden distinguir de la siguiente manera:

Por un lado la Acción Penal, basada en el principio de tipicidad del ilícito y de imputación rigurosamente subjetiva, la cual persigue la aplicación de una pena como sanción retributiva al delincuente con la finalidad de evitar la reiteración del hecho; y por otro lado la Acción Civil estructurada sobre el principio de atipicidad del ilícito dañoso, con la posibilidad de un factor de atribución no solo subjetivo sino también objetivo, destinada a obtener la reparación del daño injustamente causado (Arrietto, s. f., p. 3).

Es evidente, entonces, que a partir de las diferencias entre el objeto del proceso penal y el civil, se logra detectar que el incidente de reparación responde a esta última, pero con la particularidad de que se ejerce en la instancia penal y su regulación está contenida en dicha normativa procesal desde los artículos 102 a 108, pero los vacíos se llenan con las normas del Código de Procedimiento Civil (en adelante C.P.C.), con apoyo en el principio de integración (artículo 25 del C.P.P.). Por tanto, concluye la Corte, aunque el incidente de reparación integral cuenta con una regulación propia en el C.P.P. y hace parte del sistema penal acusatorio, se rige por los principios y normas civiles dado el carácter privado e indemnizatorio que la reviste. En palabras de Saray (2015, p. 162), esa es la razón por la cual se debe acudir a las normas procesales civiles que atienden a la naturaleza jurídica del incidente de repa-

ración integral de perjuicios que no es otra cosa que una acción de carácter *ius privatista*.

Criterios para acudir al recurso de Casación en el incidente de reparación integral. La sentencia que concluye el incidente de reparación integral condenando o absolviendo al pago de perjuicios, puede ser recurrida en casación siempre y cuando dicha determinación se encuentre en contravía de lo solicitado por alguno de los sujetos procesales (Daza, Forero & Lozano, 2017, p. 245). De cara a la materialización y consolidación de un derecho sustancial, señala Pabón, la casación es una «verdadera sede de tutela efectiva del orden penal» (2003, p. 129). En el caso analizado por la Corte Suprema de Justicia (Sent. SP4559/2016), la segunda instancia (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali) negó el pago por concepto de lucro cesante y modificó el fallo de primera instancia.

Por ello, el peticionario acudió al recurso extraordinario y el alto tribunal atendió a la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 de la Constitución Política, 1991) para proceder al estudio fondo de la demanda y dejó de lado las falencias evidenciadas en ella. De igual modo, advirtió que debe diferenciarse el procedimiento de casación de la invocación de las causales, para lo cual fijó los siguientes criterios: i) cuando la pretensión corresponde exclusivamente a la indemnización decretada, resulta pertinente aplicar las exigencias consagradas en la legislación procedimental civil, es decir, en caso de haberse intentado el pago durante el proceso penal, el recurrente debe ligarse y atender las normas que regulan la casación civil; ii) por el contrario, si la aspiración involucra aspectos penales y perjuicios de forma concurrente, corresponde al impugnante acogerse a la normatividad penal para sustentar dicho recurso.

Esta pauta jurisprudencial ha sido analizada por la doctrina procesal que ha discutido la estirpe civilista, penal o mixta de la responsabilidad derivada del delito; situación que ha sido aclarada puesto que lo único que tienen en común es la comisión del hecho delictivo que es fuente de obligaciones; en efecto, esta norma de reenvío al régimen legal de la casación civil propuesta

se fundamenta «en discusiones que revisten exclusivamente una exigencia económica, producto de lo decidido en el incidente de reparación integral y cuyo propósito es discutir en sede de casación la decisión de tal incidente respecto a la condena en perjuicios» (Daza, 2015, p. 221).

En esta oportunidad afirmó la Corte que, en el caso concreto, se admitió la demanda al considerar reunidos los presupuestos tenidos en cuenta por el legislador contemplados en el numeral 4 del artículo 181 del C.P.P., al acudir al recurso extraordinario de casación, disposición que hace una remisión expresa al artículo 366 del C.P.C. según el cual la cuantía para acceder a la casación civil corresponde al valor actual de la resolución desfavorable que ha de ser o exceder los 425 salarios mínimos legales vigentes. Al referirse a este tópico la Corte Constitucional señaló, sin embargo, que esta no corresponde a una causal de ejercicio del recurso extraordinario de casación:

Hay que indicar que en el nuevo régimen de la casación penal se mantiene una norma de reenvío al régimen legal de la casación civil cuando aquella únicamente tiene por objeto la reparación integral decretada en la providencia que resuelve en incidente (Sentencia C-590 de 2005, Cconst).

Lo anterior quiere decir que frente a la legitimación no solo las partes pueden acudir en casación sobre este punto, sino también las víctimas y los perjudicados, siempre y cuando cuenten con el interés jurídico para recurrir, que emerge del valor económico del daño ocasionado y reconocido en la sentencia, esto es, aquel que se concreta en la decisión adoptada en sede de segunda instancia toda vez que es en ese escenario en el que puede debatirse si existe o no un perjuicio que genera dicho interés, mientras que el monto que va a determinar la viabilidad de la casación se deriva de la diferencia entre lo solicitado y reconocido en la decisión.

Así y en relación con los cargos alegados por el recurrente, la Alta Corte estimó que el sujeto procesal (víctima) efectivamente se encontraba habilitado para impetrar este mecanismo de control constitucional y legal, toda vez que su pretensión satisfacía la exigencia cuantitativa traída por la normatividad procedimental civil. De esta forma, expresa Hernández (2010b, p. 11), la

inclusión de dicha causal ha sido desarrollada desde el punto de vista jurisprudencial y, posteriormente, fue incorporada al derecho positivo buscando con esto ahorrar al intérprete el ejercicio de hermenéutica de las decisiones judiciales adoptadas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, considera esta Corporación que para establecer el cumplimiento de dicha condición resulta pertinente verificar las pretensiones planteadas en la demanda, pues solo confrontando ese aspecto es posible establecer la diferencia económica que se discute y cuál es, o puede ser, el monto del agravio que el casacionista le atribuye a la sentencia (Auto AP4420 de 2015, CSJ).

En el incidente es aplicable el régimen procesal y probatorio de naturaleza civil. En lo concerniente al régimen procesal y probatorio aplicable al trámite incidental, la Corte estima que las principales características del sistema implantado por la Ley 906 de 2004 se aplican, de manera exclusiva, al proceso penal (Sent. SP4559/2016, CSJ). En este sentido, aduce que no hay lugar a aplicar sendos regímenes en la medida en que no se debate la responsabilidad punitiva sino un interés puramente económico. Por consiguiente, de cara a la nueva estructura procesal, el contenido normativo (artículo 200, C.P.P.) opera solo cuando se adelanta la acción penal por cuanto la responsabilidad civil derivada de la conducta punible no tiene cabida en la penal.

Por esa razón, puede afirmarse que las formas diseñadas por el C.P.P. que tienen como propósito pedir, allegar y practicar las pruebas, cobran sentido dentro del conjunto normativo erigido para determinar la responsabilidad penal y las consecuencias jurídicas que de ella se derivan. Así las cosas, al titular del ejercicio de la acción penal le corresponde la carga de la prueba en sede de las categorías dogmáticas de la tipicidad, la antijuridicidad y la responsabilidad, con el único propósito de esclarecer las circunstancias modales, espaciales, descubrir los elementos materiales probatorios y de evidencia física, todo lo cual adquiere el carácter de prueba cuando ellos son incorporados y practicados dentro del juicio oral, de forma verbal, en un juicio público y contradictorio.

Igualmente, cuando la Corte se pronuncia sobre la naturaleza y la finalidad de este instituto procesal también explica que el legislador le otorga el es-

tatus de un verdadero proceso autónomo contenido en el C.P.P., que culmina con un fallo de fondo y, en lo no previsto, en virtud del principio de integración de su artículo 25, se debe acudir al C.P.C. (Sentencia C-409 de 2009, Cconst); de conformidad con este principio resulta claro, entonces, que cuando se encuentren vacíos se debe recurrir a normas similares y así resolverlos. De ahí que la indiscutible naturaleza civil que la Corte predica del incidente de reparación integral tenga como esencia la acreditación de la existencia del daño causado con la conducta delictiva y la estimación de su cuantía (Auto AP2428 de 2015, CSJ, p. 126; y Sent. SP13300/2017, CSJ, p. 10).

Ahora bien, para efectos de desarrollar la postura acogida por esa corporación, se debe examinar la línea trazada por su jurisprudencia a partir de los siguientes argumentos sobre el incidente en estudio: 1) Es un mecanismo procesal subsecuente e independiente (Auto AP2428 de 2015, CSJ, p. 169; y Sent. SP13300/2017, CSJ, p. 11) al trámite penal que se desarrolla por audiencias con predominio de la oralidad, que concluye una vez la sentencia condenatoria adquiere ejecutoria y cuya búsqueda no es otra que el resarcimiento de los perjuicios causados a raíz del hecho criminal. Así mismo, 2) es preciso anotar que el C.P.P. en un apartado específico regula el incidente de reparación integral y solo establece pautas generales con el único propósito de que el procedimiento civil sea el llamado a cubrir los vacíos que se presenten (Sent. 13/04/2011, Rad.: 34145, CSJ, p. 28).

Además, 3), este escenario se debe circunscribir a la responsabilidad civil sin que puedan cuestionarse asuntos ya superados del ámbito penal (Auto AP923 de 2015, CSJ, p. 5). En palabras del máximo Tribunal: es claro que, tratándose del incidente de reparación integral, todo lo relacionado con el delito y la responsabilidad penal queda fuera de controversia en el trámite incidental, el interés se fundamenta en el resarcimiento de perjuicios, y el demandante queda relevado de probar la fuente de la responsabilidad la cual resulta indiscutible (Sent. 13/04/2011, Rad.: 34145, CSJ, p. 28; y A. 12/12/12, Rad.: 39188, CSJ, p. 10). Así mismo, 4), de igual forma es aplicable la Ley 446 de 1998 que aborda los criterios generales y explica la necesidad de atender los principios de reparación integral cuando se tratare de la valoración de

los daños causados y observar los criterios técnicos actuariales; al respecto, es oportuno señalar que la noción de reparación civil es independiente al proceso en el cual se obtenga (artículo 16), por lo cual los criterios aplicables deben ser homogéneos (Sent. 8/8/2016, Rad.: 11...02, TSB, p. 8). De la misma forma, 5), el juez puede decretar pruebas de oficio en el trámite incidental (Auto AP2428 de 2015, CSJ, p. 15), lo que no es permitido en nuestro ordenamiento procesal penal; de ahí que sea aplicable el artículo 179 del C.P.C., a la luz del principio de integración (Auto AP2428 de 2015, CSJ, p. 16).

Así las cosas, con este panorama se observa cómo la postura de la Corte Suprema de Justicia no da cabida a la aplicación de principios y normas penales al trámite del incidente de reparación integral dado el carácter o finalidad indemnizatoria que lo reviste. Sin embargo, esta posición no constituye una novedad comoquiera que nutrida doctrina, jurisprudencia local y el derecho comparado, se han ocupado del tema en concordancia con lo establecido por la Corte.

Por ejemplo, al estudiar el incidente de reparación integral, el Tribunal Superior del Distrito de Cali se pronunció en un caso en el cual modificó la sentencia emitida por la primera instancia, en tanto negó el pago del lucro cesante por considerar que los documentos públicos mediante los cuales se acreditó el daño patrimonial, en particular el lucro cesante, no podían ser valorados puesto que no se cumplió con la formalidad del testigo de acreditación exigido en el artículo 429 del C.P.P. (Sent. 3/6/2015, Rad.: 76...51, TSC). Sin embargo, a juicio de la Corte Suprema de Justicia, la interpretación del fallador de segundo grado es diametralmente opuesta a la jurisprudencia relacionada con el tópico, pues la norma procesal penal que, de manera errada aplicó, no era la llamada a gobernar el proceso preparatorio; por el contrario, atendiendo a su naturaleza resarcitoria y a que el contenido de los derechos que se debaten no tienen la misma connotación, sostuvo que debió aplicar el C.G.P. que era el soporte normativo llamado a regular el trámite en dicha materia.

Al respecto, recuérdese que en materia civil para garantizar la efectiva defensa se permite a las partes impugnar el dictamen pericial y los documentos

públicos arrimados al proceso sin necesidad de requerir testigo de acreditación que los incorpore, pues la eficacia probatoria de un documento depende de la certeza de su otorgamiento, la fecha y las manifestaciones que realiza el servidor público que lo autoriza. Conforme a la sentencia citada, es claro que el contenido no fue controvertido por los sujetos procesales, quienes conocían los documentos de manera previa por lo cual el Tribunal podía no solo tenerlos en cuenta si no valorarlos y pronunciarse respecto al daño patrimonial (lucro cesante) solicitado por la víctima.

El caso que acaba de exponerse muestra el carácter imperativo de las reglas probatorias que se han fijado en el desarrollo del trámite incidental en cuanto a la valoración del contenido de los documentos; sin embargo, en esa misma dirección, la Corte Suprema de Justicia avanza tal como se evidencia en la sentencia proferida el pasado 14 de junio de 2017 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Sent. SP8463/2017, p. 76) que expone otro tema relevante, cuando se trata del incidente de reparación integral que consiste en que no se puede acudir —de forma simultánea— a otras jurisdicciones con el fin de obtener una reparación de perjuicios. En esa oportunidad, la citada Corporación resuelve no casar el fallo absolutorio de perjuicios de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (que revocó la sentencia condenatoria de perjuicios civiles del Juzgado 21 Penal del Circuito de Cali), mediante la cual condena al pago de perjuicios materiales al condenado (Sent. 3/6/2015, Rad.: 76...51, TSC).

Al examinar el contenido de la decisión, el problema jurídico consistió en la procedencia del incidente de reparación integral y la consecuente pretensión de una condena de carácter civil comoquiera que la víctima (Dirección Impuestos de Aduanas Nacionales DIAN), adelantó de manera simultánea cobro coactivo a luz del Estatuto Tributario. La Corte realizó un examen literal de las disposiciones incorporadas en el Código Penal y en el Código Civil para concluir que, en materia de perjuicios, la acción responde a una naturaleza civil independiente del escenario en el que se solicite.

Por ello, como expresó esa corporación en la parte considerativa de la providencia, el hecho de que el resarcimiento de perjuicios pueda debatirse en el escenario dispuesto por el C.P.P. no varía la naturaleza de la obligación indemnizatoria y se aplican las normas del procedimiento civil en lo no regulado de manera específica. En lo que se refiere, concretamente, al incidente de reparación integral se centra la atención tanto en las reglas que lo rigen y en el trámite procesal, al igual que en los escenarios que pueden presentarse dentro del mismo. El primero, a saber, consiste en que el juez rechace la pretensión; el segundo, se refiere a que las partes concilien en la primera audiencia, lo cual presta mérito ejecutivo; el tercero, que se archive el incidente por falta de interés del incidentante; y, el cuarto, que se ponga fin mediante sentencia.

A partir de ahí, la Corte analiza el proyecto de Ley Estatutaria que se radicó por parte de la Fiscalía ante la Cámara de Representantes en lo relativo al trámite incidental, para determinar la justificación de los presupuestos de rechazo de la pretensión indemnizatoria concluyendo que, si bien se han presentado modificaciones desde el punto de vista procesal, las mismas no tienen injerencia en la forma de solicitar los perjuicios en sede penal. Ahora bien, cuando se refirió a la potestad del afectado de acudir a otras vías legales de manera simultánea, destacó que no se encontró ningún motivo que permita inferir la intención del legislador de conferir a las víctimas la facultad extraordinaria de instaurar junto con el incidente de reparación, si a bien lo tienen, otras acciones legales que les asegure el pago de los perjuicios; como tampoco aparece formulada la alternativa de proponerlo cuando el mecanismo judicial iniciado previa o simultáneamente decaiga o fracase. En definitiva, cuando la víctima acude a otros mecanismos legales para la reclamación de perjuicios no puede promover la acción preparatoria ante el juez penal y tiene que asumir los resultados del proceso que escogió. En otras palabras, aquel que promueva el incidente no podrá iniciar otra acción con la misma finalidad ante otra jurisdicción, independientemente del resultado, pues opera la cosa juzgada.

Conclusiones

El presente texto se ocupa del incidente de reparación integral y de su dinámica probatoria que ha tenido un desarrollo progresivo en el contexto legislativo y jurisprudencial colombiano, el cual se puede rastrear desde la expedición de la Ley 906 de 2004 con un eslabón importante constituido por la Ley 1395 de 2010, hasta el modelo vigente en la actualidad. En cuanto a este punto, es claro que este mecanismo siempre ha estado presente en el derecho positivo como respuesta a la reclamación de la indemnización que llegaren a sufrir las víctimas como consecuencia del ilícito.

Pese a lo anterior, la práctica del incidente de reparación integral se enfrenta a varias comprensiones: la interpretación sistemática aceptada por las altas cortes explica que este mecanismo se rige por la regulación de los asuntos civiles, aspecto definitorio de las normas aplicables a esta cuestión comoquiera que su naturaleza es patrimonial y la misma no pierde su especial condición por el hecho de ser institucionalizada por el C.P.P. Actualmente, la tendencia doctrinaria —tanto a nivel nacional como internacional— presenta un consenso que tiende a tratar esta figura jurídica al interior del proceso penal aplicando reglas de pertinencia y admisibilidad que involucran la aducción, producción y decreto en las normas procesales penales, sin olvidar el principio universal del *onus probandum* propio del derecho civil. Sin embargo, en Colombia la tendencia jurisprudencial propone los lineamientos generales probatorios que tiene una marcada injerencia en el derecho procesal civil, que falta aclarar, con el fin de complementar los ordenamientos, pues es evidente que la reparación de perjuicios no resulta de su materia específica, si no que puede ser abordada como una de las consecuencias del delito.

Lo cierto es que el contenido de esta acción indemnizatoria ha tenido escaso desarrollo jurisprudencial. Fue tan solo hasta el 2015 cuando la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia realizó algunas precisiones frente a las reglas que deben gobernar esta materia, las cuales deben estar inmersas dentro de las especificidades traídas por la regulación adjetiva civil. A raíz de ello, la jurisdicción ordinaria penal empezó a homogenizar su criterio en el en-

tendido de que el trámite y, en particular, la dinámica probatoria desplegada en los asuntos civiles al interior del proceso penal no podían ni debía ser la misma que la aplicada al momento de determinar la responsabilidad penal de un individuo; desde luego, ese razonamiento no es nuevo comoquiera que dentro de la doctrina producida encargada de gestionar la materia, así como en el derecho comparado, se encuentran antecedentes que apoyan esta postura jurisprudencial.

Además, la doctrina nacional se ha pronunciado para esgrimir diversas posturas que buscan una correcta y generalizada aplicación de las normas que permitirían poner un punto final a lo que ocurre en la dinámica probatoria en el incidente de reparación integral, en la medida en que, tal como se encuentra planteada, se evidencian vacíos, ausencia de claridad y regulación. Por ello, se han propuesto criterios como el civil en cuya virtud el incidente se encuadra en un proceso declarativo, en el cual no solo se requiere la decantación de los perjuicios determinados en un monto a reclamar sino, primaria y fundamentalmente, la fijación de los presupuestos necesarios que configuren la responsabilidad civil del demandado. Luego, entonces, mientras en el incidente de reparación integral se encuentra probada la responsabilidad penal de la cual deriva el deber de reparación y solo se constituye como un escenario lógico para la determinación de los perjuicios a reclamar, la instancia declarativa es sustancialmente diferente porque se surte todo un ejercicio de controversia alrededor de la declaración de la responsabilidad civil del demandado y, como consecuencia de la misma, se da lugar al pago de una indemnización de daños patrimoniales y extrapatrimoniales limitándose el mecanismo de reparación a un tema estrictamente económico.

Así las cosas, este trabajo apuesta por aplicar esta figura acorde con las tesis eclécticas o intermedias, de tal manera que la institución procesal conserva sus características como ente de naturaleza privada pero no se somete de forma absoluta a la legislación civil, como quiera que no se requiere de la presentación de una demanda en el ámbito penal para iniciar el trámite incidental; igualmente, no es de recibo que el demandado presente excepciones de orden formal como sustancial. Así mismo, es improcedente acudir a figuras como el

amparo de pobreza, la solicitud de medidas cautelares nominadas e innominadas, las nulidades procesales, los incidentes, la demanda de reconvención, etc. Por el contrario, se ha expuesto que la ley presenta disposiciones que desarrollan la forma en la que se debe evacuar este trámite adhiriéndose a aspectos propios del sistema penal con tendencia acusatoria y que no solo persiguen pretensiones de tipo económico sino que existen otras formas no pecuniarias de reparación como medidas simbólicas (disculpas, entre otros) propios de la concepción de la justicia restaurativa.

En fin, está claro que el actor civil debe escoger solo una de las vías (penal o civil) si, dado el caso, de forma paralela demanda la reparación del daño, por lo cual se debe rechazar la petición de incidente de reparación porque opera la cosa juzgada en materia de perjuicios. En conclusión, pues, esta figura de reclamación de perjuicios amerita un análisis normativo y concreto que determinen las reglas llamadas a regularla de mejor manera a fin de establecer, sin dificultad, la procedencia de los ordenamientos aplicables.

Referencias

- Acosta, L. (2010). Trámite del incidente de reparación integral, interrogatorio e incorporación de evidencia. En: USAID (Ed.), *Representación de víctimas: Elementos para una estrategia en defensa de sus derechos* (pp. 41-53). Bogotá: USAID.
- Acosta, L. A. & Medina, R. H. (2015). La víctima y su resarcimiento en los sistemas penales colombianos. *Jurídicas CUC*, 11(1), 38-58. Recuperado de <http://revistascientificas.cuc.edu.co/index.php/juridicascuc/article/viewFile/591/2>.
- Acto Legislativo 03 (2002, diciembre 19). Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 45.040 de 19 de diciembre de 2002*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Albarracín, D. (2009). *Dinámica y acción probatoria de la defensa: Ley 906 de 2004*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Aramburo, M. (2008). Sobre la obtención de indemnizaciones por responsabilidad civil ex delicto en la Ley 906 de 2004. *Responsabilidad civil y del Estado*, (23), 12-24.
- Arenas, J. (2016). *Eficacia del incidente de reparación integral para la víctima del delito* (Tesis de especialización, Universidad Militar). Recuperado de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/15823/1/ArenasZapataJoseArbey2016.pdf>.

- Arrietto, M. F. (s. f.). *Influencia de la acción penal en el proceso civil: presentencialidad*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, 1-16. Recuperado de <http://www.acaderc.org.ar/derecho/njrtj/revista-no-1/derecho-procesal/201cinfluencia-de-la-accion-penal-en-el-proceso-civil-presentencialidad201d/view>.
- Auto (2012, diciembre 12). Admisión de la demanda [Radicado N.º 39188]. Magistrado Ponente: María del Rosario González Muñoz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP2428 (2015, mayo 12). Admisión de la demanda [Radicado N.º 42527]. Magistrado Ponente: Fernando Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP4420 (2015, agosto 5). Admisión de la demanda [Radicado N.º 40638]. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP5233 (2014, septiembre 3). Recurso de apelación [Radicado N.º 41908]. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP923 (2015, febrero 25). Admisión de la demanda [Radicado N.º 45265]. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Azula, J. (2015). *Manual de Derecho Procesal* (4ª ed.). Bogotá: Temis.
- Badillo, F. (2011). La Ley 1395 de 2010 y sus reformas. *Revista Principia iuris*, (16), 61-81.
- Baytelman, A. & Duce, M. (2006). *Litigación penal juicio oral y prueba*. Bogotá: Ibáñez.
- Bejarano, R. (2012). *Código General del Proceso y Código de Procedimiento Civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, J. & Montealegre, E. (2004). *El proceso penal* (T. I). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bolívar, A. P. (2009). Mecanismos de reparación en perspectiva comparada. En: C. Díaz, N. C. Sánchez y R. Uprimny (Eds.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión* (pp. 71-143). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia).
- Cano, L. (2014). *Oralidad, redacción, argumentación y texto jurídico*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Código Orgánico Procesal Penal. (2001). Asamblea Nacional de la República Bolivariana [Venezuela]. *Gaceta Oficial No. 5558 del 14 de noviembre de 2001*.

- Corporación de la Excelencia en la Justicia. (2013). *Propuestas de reformas normativas al Sistema Penal Acusatorio*. Recuperado de http://cispa.gov.co/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=834&Itemid=34.
- Daza, A. (2006). *El juicio oral como principal escenario del debate probatorio*. Bogotá: Centro de investigaciones Socio jurídicas, Universidad Libre.
- Daza, A. (2015). *Una aproximación al recurso extraordinario de casación penal desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Universidad Libre. Recuperado de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/9870/UNA%20APROXIMACION%20AL%20RECURSO%20EXTRAORDINARIO%20DE%20CASACION%20PENAL%20DESDE%20LA%20JURISPRUDENCIA%20DE%20LA%20CORTE%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Daza, A., Forero, J. & Lozano L. (2017). *Una aproximación al recurso extraordinario de casación penal desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Universidad Libre. Recuperado de: <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/11057>.
- Decastro, A. (2008). El uso de documentos y escritos en la audiencia de juicio oral. *Revista Criterio Jurídico*, (8), 130-155.
- Decreto-ley 50 (1987, enero 13). Por se expide el Código de Procedimiento Penal. Presidencia de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 37.754 del 13 de enero de 1987*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Decreto-ley 409 (1971, marzo 27). Por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas. Presidencia de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 33.303 del 03 de mayo de 1971*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Decreto-ley 1400 (1970, agosto 6) [C.P.C.]. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. Presidencia de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Decreto-ley 2700 (1991, noviembre 30). Por medio del cual se expiden y se reforman las normas de Procedimiento Penal. Presidencia de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 40.190 del 30 de noviembre de 1991*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Devis, H. (1995). *Teoría general de la prueba judicial* (5ª ed.). Bogotá: ABC.
- Forero, J. (2012). Facultades del juez en el Código General del Proceso. En Departamento de Publicaciones, Universidad Libre (Ed.), *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 219-239). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Gaviria, V. (2012). Descubrimiento y solicitudes probatorias por parte de la víctima. *Revista Derecho penal y criminología*, 33(94), 13-35.
- Gaviria, V. (2014). *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio* (3ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Gil, O. (19 de junio de 2013). El incidente de reparación integral una burla a las víctimas del delito. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/Banco-Conocimiento/Penal/noti-130619-02-el-incidente-de-reparacion-integral-una-burla-a-las-victimas-del-delito>.
- Gómez, J. L. (2015). *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento Criminal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- González, A. (2012). *Restablecimiento del derecho y reparación integral en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Leyer.
- Hernández, N. (2010a). El rol probatorio del apoderado de víctimas. *Revista Diálogos de Saberes*, (33), 261–286. Recuperado de: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1895/1440>.
- Hernández, N. (2010b). Aproximación a la casación penal desde un análisis principalístico. *Revista de Derecho Público*, (25), 1–26. Recuperado de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub52.pdf.
- Horvitz, M. & López, J. (2004). *Derecho procesal penal chileno* (T. II). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Levene, R. (1993). *Manual de derecho procesal penal* (2ª ed.). Argentina: Depalma.
- Ley 57 (1887, mayo 26) [C. C.]. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 446 (1998, julio 8). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 43.335 de 8 de julio de 1998*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 599 (2000, julio 24) [C. P.]. Por el cual se expide el Código de Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 600 (2000, julio 24) [C. P.]. Por el 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 906 (2004, septiembre 1) [C.P.P.]. Por el cual se expide el Código Procesal Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004*. Bogotá: Imprenta Nacional.

- Ley 1395 (2012, julio 12). Por el cual se adoptan medidas de descongestión judicial. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 47.768 de 12 de julio de 2012*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 1564 (2012, julio 12) [C.G.P.]. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 1970 (1999, marzo). Código de Procedimiento Penal. Congreso Nacional [Bolivia].
- Ley 19696 (2000, diciembre). Código Procesal Penal. Congreso Nacional [Chile].
- López, H. F. (2005). *Instituciones del derecho procesal civil colombiano* (T. I). Bogotá: Dupre.
- López, H. F. (2017). *Código General del Proceso* (T. III, Pruebas). Bogotá: Dupre.
- Maier, J. B. J. (2004). *Derecho procesal penal* (T. I, 2ª ed.). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Marín, J. (2005). La acción civil en el nuevo Código Procesal Penal Chileno: su tratamiento procesal. *Revista de Estudios de la justicia*, (6), 11-45.
- Martínez, G. (2006). *Procedimiento penal colombiano* (13ª ed.). 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; Ibáñez.
- Montoya, F. (2007). *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Nisimblat, N. (2016). *Derecho probatorio. Principios y técnicas del juicio oral* (3ª ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y ley.
- Núñez, R. (1948). *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.
- Osorio, L. (2016). *Manual de Derecho procesal civil* (2ª ed.). Bogotá: Leyer.
- Ospina, G. (1998). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Pabón, G. (2003). *De la casación y la revisión penal, en el estado constitucional, social y democrático de derecho* (2ª ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y ley.
- Parra, J. (2006). *Manual de Derecho probatorio* (15ª ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Peláez, J. (2013). Reglas de prueba en el incidente de reparación integral. *Revista Academia & Derecho*, (7) 29-39. Recuperado de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/71/65>.
- Pérez, E. (2015). *Manual general de Derecho procesal penal* (4ª ed.). Bogotá: Ibáñez.
- Pérez, G., Cárdenas, S., Becerra, L., Bernal, G. & Rodríguez, L. (2009). *Sistema acusatorio y el incidente de reparación integral*. Universidad de Medellín.

- Pérez, M. I. (2011). Procedimiento de la reparación del daño y la indemnización de perjuicios a las víctimas de los delitos. *Colección Memorias/Ministerio Público*, (1), 75-112. Recuperado de http://catalogo.mp.gob.ve/min-publico/bases/marc/texto/Eventos/E_2011_p.75-112.pdf.
- Pérez-Cruz, A. J. (2001). *Los procedimientos civiles ordinarios con especialidades*. España: Universidad da Coruña. Recuperado de <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2103/AD-5-24.pdf;sequence=1>.
- Quiceno, B. & Prieto E. (2000). *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.
- Ramírez, D. (2009). *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Reyes, C. & Said, J. (2009). *Intervención oral en el sistema penal acusatorio II y gerencia de procesos judiciales* (Colección Sistema Penal Acusatorio, Vol. 4). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Rivera, A. (2016). *Derecho procesal civil* (18ª ed.). Bogotá: Leyer.
- Rojas, M. (2013). *Lecciones de derecho procesal* (5ª ed.). Bogotá: Esaud.
- Sampedro, J. (2010). *Las víctimas en el sistema penal*. Bogotá: Ibáñez.
- Sampedro, J. (2013). *Las facultades probatorias de las víctimas en el proceso penal colombiano*. Ocaña: Universidad Francisco de Paula Santander. Recuperado de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/25julio-andres-sampedro-a.pdf>.
- Sanabria, J. (2015). Análisis de los medios de prueba testimonial y pericial en el Código General del Proceso: un estudio desde la experiencia procesal penal. *Estudios de Derecho*, 72(160), 19-50.
- Sánchez, M., Arcila, M. & Rojas, C. (2011). *Incidente de Reparación Integral* (Tesis de pregrado, Universidad de Medellín). Recuperado de: <http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1210/Incidente%20de%20reparaci%C3%B3n%20integral.pdf;sequence=1&isAllowed=y>.
- Saray, N. (2015). *Incidente de reparación integral de perjuicios en el proceso penal*. Bogotá: Leyer.
- Sentencia (1999, octubre 25). Recurso de casación [Expediente N.º 5012]. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria [Colombia].
- Sentencia (2007, febrero 21). Recurso de casación [Radicado N.º 25920]. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2007, octubre 24). Recurso de casación [Radicado N.º 21577]. Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milánes. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Sentencia (2009, enero 26). Recurso de apelación [Radicado N.º 31049]. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2010, abril 20). Recurso de apelación [Radicado N.º 63-130-60-00044-2008-00910; Acta N.º 048]. Magistrado Ponente: Jhon Jairo Cardona Castaño. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia [TSA], Sala Penal [Colombia].
- Sentencia (2011, abril 13). Recurso de casación [Radicado N.º 34145]. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP2998 (2014, marzo 12). Recurso de casación [Radicado N.º 42623]. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2014, mayo 20). Recurso de apelación [Radicado N.º 110016000019200909897; Acta N.º 063]. Magistrado Ponente: Carlos Hernando Martínez Chiquiza. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá [TSB], Sala Penal [Colombia].
- Sentencia (2014, julio 8). Recurso de apelación [Radicado N.º 110016000023200913060; Acta N.º 063]. Magistrado Ponente: Alberto Poveda Perdomo. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá [TSB], Sala Penal [Colombia].
- Sentencia SP13709 (2014, octubre 8). Recurso de casación [Radicado N.º 44683]. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2015, mayo 20). Recurso de apelación [Radicado N.º 1100160000492006023601; Acta N.º 046]. Magistrado Ponente: Alberto Poveda Perdomo. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá [TSB], Sala Penal [Colombia].
- Sentencia (2015, junio 3). Recurso de apelación [Radicado N.º 76892-60-00-191-2008-0051; Acta N.º 148]. Magistrado Ponente: Juan Manuel Tello Sánchez. Tribunal Superior del Distrito de Cali [TSC], Sala Penal [Colombia].
- Sentencia SP134 (2016, enero 20). Recurso de casación [Radicado N.º 46806]. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP4559 (2016, abril 13). Recurso de casación [Radicado N.º 47076]. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2016, julio 7). Recurso de apelación [Radicado N.º 1100160000502010054701; Acta N.º 174]. Magistrado Ponente: Luis Fernando Ramírez Contreras. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá [TSB], Sala Penal [Colombia].

- Sentencia (2016, julio 18). Recurso de apelación [Radicado N.º 110016102371200803011 02; Acta N.º 078]. Magistrado Ponente: José Joaquín Urbano Martínez. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá [TSB], Sala Penal [Colombia].
- Sentencia (2016, agosto 8). Recurso de apelación [Radicado N.º 110016000049200704233 02]. Magistrado Ponente: Dagoberto Hernández Peña. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá [TSB], Sala Penal [Colombia].
- Sentencia (2016, octubre 18). Recurso de apelación [Radicado N.º 76147-60-00-170-2014-00343-02; Aprobado: Acta No. 134]. Magistrado Ponente: Martha Liliana Bertín Gallego. Tribunal Superior del Distrito de Buga [TSBU], Sala Penal [Colombia].
- Sentencia SP6029 (2017, mayo 4). Recurso de casación [Radicado N.º 36784]. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP7732 (2017, junio 01). Recurso de casación [Radicado N.º 46278]. Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP8463 (2017, junio 14). Recurso de casación [Radicado N.º 47446]. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP13300 (2017, agosto 30). Recurso de casación [Radicado N.º 50034]. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia C-070 (1993, febrero 25). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-134]. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-590 (2005, junio 8). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-5428]. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-409 (2009, junio 17). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-7478]. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-250 (2011, abril 6). Demanda de inconstitucionalidad [Expedientes D-8231, D-8232, D-8240]. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional [Colombia].
- Solórzano, C. R. (2010). *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral* (3ª ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Suárez, Y. (2012). *La acción civil derivada del delito ejercida ante los tribunales con competencia penal*. Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello. Recuperado de <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAS4709.pdf>.
- Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil* (T. I). Bogotá: Legis.

- Tamayo, J. (2011). La responsabilidad civil derivada del delito, con especial referencia a su tratamiento en la reforma del Código Penal. *Revista Relación Criminológica*, (11), 1-16. Recuperado de <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/relcrim11/11-2.pdf>.
- Tejeiro, O. A. (2014). *Procesos declarativos en el Código General del Proceso*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Lara Bonilla.
- Urbano, J. (2012). *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio* (2ª ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Uribe, S. (2008). *Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Valencia, A. & Ortiz, A. (1998). *Derecho civil* (T. III, De las obligaciones). Bogotá: Temis.
- Velásquez, F. (2018). *Fundamentos de Derecho penal, Parte General* (2ª ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Yassín, H. (2009). Las consecuencias del daño derivado del delito. En Abogados sin Fronteras en Colombia (Ed.), *Representación de víctimas: Elementos para una estrategia en defensa de sus derechos* (pp. 31-39). Bogotá: USAID.
- Zuluaga, C. & Vélez, E. (2013). *Las víctimas y el reconocimiento de su participación en el proceso penal acusatorio* (Tesis de pregrado, Universidades Católica del Norte y Medellín).

Posibles diferencias entre el ilícito penal y el ilícito administrativo en el ordenamiento jurídico brasileño

*Chiavelli Facenda Falavigno**

Resumen. El presente trabajo busca averiguar la relación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo en el derecho brasileño, analizando polémicas doctrinales y proponiendo, por fin, la solución de la cuestión por medio de una política sancionadora integrada. La metodología utilizada es investigación bibliográfica.

Palabras clave. Ilícito penal, ilícito administrativo, política sancionadora.

Abstract. This paper seeks to find out the relationship between the criminal offense and the administrative offense in Brazilian law, analyzing doctrinal controversies and proposing, at the end, the solution of the issue through an integrated sanctioning policy. The methodology used is bibliographic research.

Keywords. Criminal offense, administrative offense, sanctioning policy.

* Doctora en Derecho Penal de la Universidad de São Paulo, con Maestría en Ciencias Criminales de la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul; es Professora Adjunta de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Brasil. Correo: chiavelli.falavigno@gmail.com.

Introducción

La relación conturbada entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador causa en Brasil inquietudes académicas y es tema de frecuentes debates; por ello, la llamada independencia entre las dos esferas es repetida indefinidamente por los tribunales brasileños especialmente por los superiores, sin ningún tipo de cuestionamiento sobre su viabilidad real. En efecto, se ha dicho:

Penal. Procesal penal. Habeas corpus sustitutivo. No procede la solicitud de cambio de la acción penal. Absolución en proceso administrativo en el tribunal de cuentas estatal. Ausencia de justa causa. Independencia entre las esferas penal y administrativa. Inocurrencia. Elementos probatorios insuficientes. Régimen probatorio. Imposibilidad. Habeas corpus no conocido. (...) 3. No impide la persecución criminal la decisión del Tribunal de Cuentas Estatal, en el ámbito del juzgamiento del proceso administrativo, que reconoce no haber participado directamente de la irregularidad material adelantada, por la independencia entre las esferas penal y administrativa. (HC 269.452/RN, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, SEXTA TURMA, juzgado en 17/03/2016, DJe 05/04/2016).

Son muchas las consecuencias nocivas que devienen de esa relación problemática. Como se puede verificar por la existencia de conflictos tanto en materia de producción normativa, como en el campo procesal y, aún más, en lo que atañe al propio derecho material implicado.

Desde el punto de vista normativo, son diversas las investigaciones académicas que cuestionan las técnicas de reenvío utilizadas por el legislador penal (Greco 2006; Guaragni y Bach, 2014; Horta, 2016). Pese a que la mayor parte de la doctrina argumente la constitucionalidad del uso de normas penales en blanco, la ausencia de regulación en esta materia acarrea no solo el uso desmedido de dichas normas sino también un mal uso de estas, lo cual genera recurrentes situaciones de error de prohibición. Es lo que se puede llamar deslegalización, fenómeno que se refiere a los excesos de asesoría administrativa en dichas leyes en blanco.

Desde el punto de vista procesal, se puede citar el hecho de que muchas de las garantías aplicables al proceso penal no son extensibles al proceso admi-

nistrativo, aun cuando este tenga una finalidad eminentemente sancionadora. Tal característica puede acabar, como es obvio, dando cabida a graves arbitrariedades en este último campo. El daño causado es todavía mayor en el caso de que la infracción sea adelantada en su mayor parte en sede administrativa, como ocurre en las infracciones tributarias. Eso porque, muchas veces son extraídas copias integrales de dicho procedimiento administrativo, que pasa a constituirse en prueba en el procedimiento penal.

Con todo, el núcleo de este trabajo es específicamente ese último punto, o sea, la problemática atinente al derecho material. A saber, esta puede ser analizada desde diversas perspectivas: Una de ellas es la existencia de tipos análogos en la legislación penal y en la administrativa (Machado, 2015), llevando a la ocurrencia de un innegable *bis in idem*, que es desviado en la práctica por la cuestionable independencia de las esferas ya mencionada. Destáquese aquí, por ejemplo, la Ley 12.846 del 2013 llamada como «anticorrupción». La deficiencia en la definición de las conductas, bien como ausencia de determinación de los límites punitivos, puede ocasionar una verdadera superposición de sanciones para los actos de corrupción muchos de los cuales no solo se encontraban apenas cobijados por la Ley mencionada, sino también por el Código penal patrio y por la Ley de Improbidad Administrativa.

Sin embargo, la cuestión de fondo que se busca polemizar en este trabajo es la que parece estar en el origen de muchas de las cuestiones señaladas: ¿Existe de hecho, una diferencia entre el ilícito penal y el ilícito administrativo? ¿Cuáles son las características de un hecho que pueden llevarlo a ser sancionado por una u otra esfera? Se busca, pues, en el espacio dedicado a esta exposición, problematizar sobre este debate que hace años viene desarrollándose, ya sea en la doctrina penal ora en aquella que se inclina por el derecho administrativo. El artículo analiza, de forma crítica, las principales posturas doctrinales y sus consecuencias para las disciplinas sancionadoras de conductas en el Brasil.

La expansión del derecho penal

Antes de iniciar el análisis del problema propuesto, es esencial que se señale la existencia de un derecho penal expansionista como una de las principales causas del fenómeno analizado. La *ultima ratio* que debería guiar la aplicación de un derecho penal fragmentario y subsidiario, hace mucho que ya no se corresponde con la realidad legislativa brasileña; pero la tendencia no se restringe al panorama nacional como apuntan reconocidos doctrinantes, a modo de ejemplo Prittwitz (2004), Silva (2004) y Dias (2006).

Para Prittwitz (2004, p. 151), el nuevo derecho penal se aproxima asido de una mano invisible pero regulando el mercado de la seguridad; en el centro, estaría el derecho penal expandido como una forma de reacción de las sociedades y de los Estados de la modernidad, trayendo para su tutela áreas sociales anteriormente atípicas. Silva (2004, p. 55), a su turno, expone los problemas inherentes al discurso de la eficiencia que acompaña al derecho penal contemporáneo; para atender a la velocidad de los cambios sociales, el derecho penal emergente se define no solo por el fracaso en solucionar la cuestión criminal, su objetivo primero, sino también por la violación sin escalas de los derechos tutelados por la Constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos.

El criterio del bien jurídico, pensado para reducir la aplicación de la ley penal a la tutela de aquellos valores más relevantes para la sociedad, también ha servido a una idea expansionista; actualmente, se puede observar la creación casi diaria de nuevos bienes jurídicos los cuales, cada vez más, se encuentran delimitados de manera abstracta. Así, la expansión del Derecho penal se da todavía con más vehemencia y celeridad justamente en esas nuevas áreas de tutela, a las que Dias (2006) denomina derecho penal secundario:

En una palabra: el legislador se fue dejando seducir por la idea, perniciosa más difícil de evitar, de poner el aparato de las sanciones criminales al servicio de los más diversos fines de la política social. Y así aparece, al lado del derecho penal tradicional, un abundante derecho penal extravagante, accesorio o secundario [...] derecho este que es, en sentido propio, derecho penal administrativo: en el sentido en que sanciona, con

penas, la violación de las ordenanzas de la administración, y que funciona, así como el derecho administrativo, pero de acuerdo con la competencia y según la materia (p. 16).

La expansión de la tutela penal para esas nuevas áreas se puede observar con mayor claridad en Brasil; al final, el derecho penal brasileño se encuentra hoy lejos del propio Código Penal porque son innumerables las mencionadas leyes extravagantes, las cuales encuentran gran aplicación por parte de la jurisprudencia. Además, se sabe que las mismas leyes civiles y administrativas traen, en muchos casos, disposiciones penales al final como una forma de asegurar su cumplimiento (Pitombo, 2005, pp. 179-180), todo como parte de la creencia generalizada de que solo el derecho penal —o incluso ni este— es capaz de disuadir de la práctica de actos no deseados.

En este proceso, como es obvio, la tutela penal ocupa cada vez más espacios sancionatorios a través de la tipificación de conductas que anteriormente podían tratarse en otras esferas. Pueden destacarse las figuras de peligro, las cuales desnaturalizan una de las principales características del derecho penal, esto es, la de la exigencia de un daño. La tutela recurrente del peligro aproxima al derecho penal a un verdadero poder de policía, dentro de la concepción típica del derecho administrativo (Baptista, 2016, p. 76).

Es importante subrayar que, incluso, cambios que parecían vislumbrar una disminución en la punición, como la creación de Juzgados Especiales Criminales como los de la reciente Ley 12.403, creadora de las medidas cautelares alternativas a la prisión, sufrieron del mismo efecto rebote, consecuencia de la mentalidad punitiva de gran parte de los operadores del derecho en Brasil. Me explico: en el primer caso, en vez de crímenes tratados por la justicia común ellos quedarían cubiertos por el mencionado *Jecrim*, con lo cual se observa que algunas conductas que antes ni siquiera entrarían en el sistema penal ahora pasarían a ser llevadas a juicio. En el segundo caso y todavía más grave: aun cuando se esperaba la disminución del uso de la prisión preventiva, todo apunta es el uso de las medidas cautelares alternativas para los casos en los que antes no habría ningún tipo de constricción a la libertad, así las cosas. Por ello, en tiempos de grave (y cuestionable) crisis de los medios de confi-

namiento, la anticipación de la tutela penal, especialmente por intermedio de medidas alternativas «más humanas» para individuos considerados «menos peligrosos», pasa a ser vista como una alternativa razonable y digna en el intento de poner fin a la alardeada impunidad. Con eso, infelizmente lo que se logra es más de lo mismo.

Trazado este panorama se pasa, ahora, al análisis del problema central de este trabajo, esto es, las posibles diferencias entre el ilícito penal y el ilícito administrativo.

El ilícito penal y el ilícito administrativo: posibles diferencias

En primer lugar, es necesario señalar la existencia de tres corrientes que definen la existencia de divergencias entre estos dos ilícitos: la formal, la cuantitativa y la cualitativa. La corriente formal, de poca aplicación práctica, establece distingos normativos relativos a la imputación, al procedimiento y a la sanción, como determinantes en la distinción entre los ilícitos; para los partidarios de esta corriente, no hay diferencias de contenido. La referida teoría se limita a describir aspectos que serían típicamente de regímenes jurídicos administrativos o penales, o que, actualmente, debido a la aproximación entre estas dos esferas, ya no puede observarse con claridad; por ello, esta concepción presenta poca contribución para la solución de la cuestión propuesta (Baptista, 2016, p. 84).

En lo que atañe a la corriente cuantitativa, hay autores para quienes la distinción está solo en el grado de lesión provocada por la acción en el bien protegido por la norma, debiendo dejarse al derecho penal sólo las lesiones más relevantes, merecedoras, por lo tanto, de las sanciones más graves. Por supuesto que tal distinción tiene en cuenta el derecho no como es sino como debería ser, dado que muchas de las sanciones existentes en sede administrativa, como las dispuestas en la Ley 8429 o llamada Ley de Improbidad Administrativa, son tanto o más graves que las penas criminales de multa, al igual que las penas de reclusión susceptibles de conversión en sanciones alternativas.

Representante de esa postura es, sin duda, Muñoz (1983, p. 720) quien argumenta que el derecho penal es solo la punta del iceberg del control social, no constituyendo ni siquiera su vía más relevante. Para el autor español, el derecho penal es, en relación con los demás sistemas, un plus en términos de intensidad y gravedad de la sanción, exigiendo, por tanto, un mayor cuidado procedimental en la imposición y ejecución de las penas (Muñoz, 1983, p. 723). Para Hungría (1945), tampoco habría diferencia de naturaleza ontológica entre ambos ilícitos, sino netamente cuantitativa; es más, ambos representarían lesiones al bien jurídico que pueden ser efectivas o potenciales.

Por último, hay autores que defienden la existencia de distinciones ontológicas entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, representando, entonces, la corriente cualitativa. Esta postura se divide atendiendo al criterio utilizado, que puede ser el ético-social o el del bien jurídico. Desde el punto de vista del criterio ético-social, se dice que el delito constituye una transgresión a un mínimo ético de extrema relevancia y, en cuanto al ilícito administrativo, este sería apenas una falta de compromiso con los intereses colectivos volcados al progreso de la sociedad. La crítica desde este punto es, actualmente, bastante evidente una vez que presupone la existencia de un contenido ético compartido por todos los ciudadanos, violando la pluralidad de valores sociales existentes (Baptista, 2016, p. 91). Esa visión se encuentra, entonces, bastante superada.

Los partidarios de la corriente cualitativa actualmente son fieles al segundo criterio, esto es, el del bien jurídico y del principio de ofensividad; en palabras de d'Ávila:

Ahora, de forma todavía más clara: la libertad, en cuanto valor constitucional, solamente puede ser restringida cuando su ejercicio implica la ofensa de otro bien en armonía con el orden axiológico constitucional. Meros intereses administrativos insusceptibles de configurar un bien jurídico estarían, de pronto, y por estas mismas razones, totalmente excluidos de las posibilidades de constituir substrato suficiente para el surgimiento de cualquier incriminación. [...] No basta el reconocimiento de un bien jurídico dotado de dignidad penal como objeto de tutela de la norma, pero es también necesario que ese mismo bien jurídico haya sufrido, en el caso concreto, un daño/violación —ofensa propia de los crímenes de daño—, o un peligro/violación, en

las formas de concreto poner en —peligro de cuidado-de-peligro— formas de ofensa exigidas, respectivamente, en los crímenes de peligro concreto y en los crímenes de peligro abstracto (2006, pp. 26-27).

Existen todavía autores que buscan la combinación de las corrientes apuntadas; por ejemplo, Cretella (1972) cree que ambas diferencias son concebibles, siendo el ilícito administrativo más amplio que el penal. Para el autor, el ilícito susceptible de restringirse en la esfera del poder ejecutivo sería administrativo por naturaleza, en cuanto aquel que se extiende a otras esferas puede llegar a ser penal dependiendo del grado de lesión causado, en los siguientes términos:

Depende de la modalidad de ilícito administrativo. Porque, si el ilícito administrativo fuera un ilícito puro, agotándose en la propia esfera del Poder Ejecutivo, la diferencia entre este y el ilícito penal es «ontológica» o «de substancia», objeto que es del «derecho administrativo disciplinario»; si se tratara, sin embargo, de un ilícito administrativo que trasciende el propio campo del Poder Ejecutivo, para incluirse en el campo del derecho penal, entonces, en este caso, la diferencia entre ambas figuras es apenas de grado, diferencia cuantitativa, siendo el ilícito penal administrativo inferior, un grado menos, en relación al ilícito penal.

Expuestas las diferencias se pasa a analizar, en el último aparte de este trabajo, el pensamiento unitario que aborda la cuestión del ilícito con base a la política sancionadora adoptada.

Una nueva política sancionadora

Así las cosas, se hace necesario en este último punto exponer la idea defendida por gran parte de la doctrina nacional y que, según el punto de vista aquí asumido, parece la más adecuada. Según Da Costa (2009) no existe tal diferenciación ontológica o cuantitativa entre el ilícito penal y el ilícito administrativo; así, estaría a cargo del legislador decidirse por la mejor tutela de hecho, haciendo uso de su discrecionalidad y sopesando tal decisión con criterios de proporcionalidad. Conforme a la autora mencionada:

La reflexión sobre las ideas descritas brevemente arriba lleva a algunas conclusiones. La primera de ellas es que el debate sobre la distinción o identidad entre el ilícito administrativo y el penal es una cuestión normativa y no ontológica. Crimen e ilícito administrativo son productos normativos, no existiendo en la realidad como tales. Por lo tanto, no podría decirse respecto a conductas concretas que necesariamente tengan que ser crímenes, tampoco que tengan que ser ilícitos administrativos en razón a estructuras ontológicas (Da Costa, 2009, p. 566).

De esta manera, entonces, la sanción de las conductas con su clasificación como ilícito penal o como ilícito administrativo, abarcaría un debate que se da en el ámbito normativo, no siendo posible establecer de forma previa una graduación entre determinadas ofensas a bienes jurídicos o a valores sociales menos relevantes. La importancia del bien y de su lesión pueden ser tuteladas por las dos ramas jurídicas, correspondiendo al legislador elegir lo que mejor solucione la ofensa y cause las menores consecuencias individuales y sociales. En esos términos expone Miguel Reale Júnior (2007):

Los procesos de despenalización ocurridos en Italia y en Francia demuestran bien como la elección de la vía penal o de la vía administrativa nada tiene que ver con la importancia del bien jurídico, tratándose más de una elección con base en la conveniencia política de éste o de aquel camino, con vistas a alcanzar los fines preventivos y retributivos de un derecho punitivo que cada vez más se hace único (p. 93).

Por tanto, en esta línea de raciocinio, el debate debe aproximarse a la conducta del legislador explorando las posibilidades del procedimiento legislativo, lo cual muchas veces se da con base en el clamor público y al alarmismo mediático que reclama criminalizaciones inconsistentes, ineficientes e inconstitucionales; por ello se ha dicho:

La preocupación como el delito o como la delincuencia se encuentra bastante vinculada al que se acostumbra [a] llamar actitudes punitivas presentes en una determinada sociedad, las cuales expresan los puntos de vista de los miembros de esa sociedad sobre los contornos y el grado de intervención penal que consideran necesarios. [...] Esa preocupación o actitud constituye un reconocido parámetro de las opiniones político-criminales de una sociedad, y se configura como un juicio de valor, apoyado predominantemente en componentes cognitivos, aunque no dejan de estar presentes, aunque secundariamente, aspectos emocionales (Díez, 2005, pp. 24-25).

Así las cosas, si se sabe que la política criminal actualmente vigente en Brasil corresponde a los parámetros expansionistas ya expuestos en este texto, y teniendo como punto de partida la idea según la cual no es posible hacer la diferencia anotada a partir del criterio normativo que es el llamado a indicar cuando el ilícito sería penal y cuando administrativo, aparece bien explicado el entramado de las legislaciones penales extravagantes promulgadas cada año como expresión de la ausencia de políticas alternativas con el fin de reducir la criminalidad por otras vías. O sea, muchas de esas conductas comportarían, entonces, las dos vías de sanción y acaban por ser criminalizadas debido a opciones legislativas basadas en una política sancionadora de robustecimiento penal. Por eso, el Derecho administrativo accesorio viene también al encuentro de ese panorama e impone sanciones cada vez más graves y sin las debidas garantías procesales.

Por ello, según el entender de Da Costa (2013), cuyo pensamiento se adopta en este texto, los criterios considerados por el legislador al regular la tutela de conductas pueden redefinir los términos de esta discusión:

En cuanto a los requisitos para la criminalización de conductas, el legislador debe atender a los parámetros de dignidad penal, o sea, de justicia y adecuación a los fines, que congregan diversos institutos bastante discutidos en la doctrina penal, los cuales son: la observancia de la afectación del bien jurídico-penal como un límite a su actividad; el respeto a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal, bien como las reglas de proporcionalidad y legalidad, en sus diferentes vertientes, entre otros (Da Costa, 2013, p. 146).

O sea, en vez de buscar un criterio diferenciador entre los dos ilícitos, la construcción de una política sancionadora integrada y racional parece ser el mejor camino en la confección de un sistema más adecuado de punición así este sea, sin duda, un largo camino.

Consideraciones finales

De lo expuesto en el texto se deduce, entonces, que los problemas que asuelan al derecho sancionador brasileño como un todo están mucho más allá de la

discusión doctrinal acerca de las diferenciaciones posibles entre el ilícito penal y el ilícito administrativo.

Así mismo, sumada al derecho material y al derecho procesal involucrado está la ausencia de una auténtica reflexión sobre la política sancionadora adoptada en las más diversas esferas de tutela, la cual se guía por ideales de eficiencia que muchas veces ni siquiera son comprobadas empíricamente.

Además, cabe al legislador buscar fundamentos racionales para su elección la cual se da con amplio uso de la discrecionalidad; por ello, el estudio conjunto del derecho penal y del derecho administrativo, sea desde el punto de vista material, procesal o normativo, tiene mucho a contribuir en esta labor.

Al final, ambos ilícitos deben formar, de acuerdo con su finalidad y haciendo uso de criterios de proporcionalidad, un sistema sancionatorio que sea productivo —tutelando gran parte de las conductas lesivas para los bienes jurídicos y demás valores importantes a la sociedad—, pero que respete los derechos y las garantías individuales para que se cause el menor mal posible a los que fueren sancionados por tal sistema.

Referencias

- Ávila, H. (2004). *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (4ª ed.). São Paulo: Malheiros editores.
- Baptista, T. M. B. (2016). As fronteiras do direito penal e do direito administrativo sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre crime e infração administrativa. En: Brodt, L, A. Sanzo y F. Siquiera (Coords.). *Limites do poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea* (pp. 73-101). Belo Horizonte: D'Plácido.
- Boldt, R. (2013). As medidas cautelares diversas da prisão e a inversão ideológica do discurso garantista. *Boletim IBCCRIM*, 21(245), 12-13.
- Cretella, J. (1972). Ilícito penal e ilícito administrativo. *Revista Justiça*, 10(3), 139-154. Recuperado de <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/10z3ab.pdf>.
- D'Ávila, F. (2006). Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 14(60), 9-35.

- Da Costa, H. R. L. da (2009). O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administração. En: M. A. Borges de Paula y R. de Paula Magrini, (Coords.). *Estudos de direito público*. Campo Grande: Cepejus.
- Da Costa, H. R. L. da (2013). *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. São Paulo: Universidade de São Paulo.
- Da Costa, H. R. L. da (2014). Direito administrativo sancionador e direito penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. En L. M. Souza, J. R. Laerte (Coord.), G. Alckmin (Apres.). *Direito administrativo sancionador* (pp. 107-118). São Paulo: Quartier Latin.
- Dias, J. (2006). Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português. En: F. R. D'Ávila, P. V. S. De Souza. (Coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões* (pp. 13-69). São Paulo: Coimbra.
- Díez, J. L. (2005). *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Guaragni, F., y Bach, M. (2014). *Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal*. São Paulo: Almedina.
- Greco, L. (2006). A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista brasileira de ciências criminais*, 14(58), 152-194.
- Horta, F. (2016). *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco* (1ª ed.). São Paulo: Marcial Pons.
- Hungria, N. (1945). Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo. Praia de Botafogo*, 13(190), pp. 24-31. Recuperado de <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8302/7076>.
- Machado, M. (2015). Crime e/ou improbidade? Notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 23(112), 189-212.
- Muñoz, F. (1983). Derecho penal y control social. *Cuadernos de política criminal*, 21, 719-728.
- Pitombo, A. S. A. de M. (2005). A economia e a tipificação dos crimes de tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. En M. Reale (Coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense.
- Prittwitz, C. (2004). Sociedad del riesgo y Derecho penal. En: De Figueredo Dias, J., Serrano Gómez, A., Politoff Lifschitz, S. et al. (Dirs.), *El penalista liberal. Controversias*

nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología. Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje. Buenos Aires: Hammurabi.

Reale, M. (2007). Ilícito administrativo e *ius puniendi* geral. En: L. R. Prado. *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir.* São Paulo: Revista dos Tribunais.

Silva, J. M. (2004). *Eficiência e direito penal.* Barueri: Manole.

La responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho español. Especial referencia al delito fiscal

María Belén Linares*

Resumen. En el presente trabajo sometemos a estudio la previsión del régimen vigente en el artículo 31 *bis* del Código Penal español, regulación que imputa responsabilidad penal a la persona jurídica como *autor societario*, deteniéndolos en su aplicación en lo que al delito de defraudación tributaria se refiere. Concretamente, y tras algunas cuestiones preliminares de trascendencia, nos centramos en los aspectos de la reforma al ordenamiento jurídico-penal español operada por la Ley Orgánica 1 de 2015, más destacables: los modelos de prevención de delitos, el sistema de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las condiciones mínimas de los programas penales y la figura del oficial de cumplimiento.

Palabras clave. Delito fiscal, intervención delictiva, responsabilidad penal de la persona jurídica, artículo 31 *bis* del Código Penal español, exención de responsabilidad penal, atenuación de la responsabilidad penal, programas penales de cumplimiento, oficial de cumplimiento.

Abstract. In the present paper we will study the current regime in the article 31 *bis* of the Spanish Penal Code, regulation that imputes criminal responsibility to the legal entity as a *corporate author*, putting attention on its application referred to the tax fraud. Specifically, and after some preliminary issues of importance, we will focus on the most relevant aspects of the reform of the Spanish legal-criminal order, operated by the Organic Law 1 of 2015: crime prevention models, the system of exemption from the criminal liability of the legal person, the minimum conditions of the criminal programs and the figure of the compliance officer.

* Doctora en Derecho de la Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Penal y Ciencias Criminales. Correo: mblinares@hotmail.com.

Keywords. Tax crime, criminal intervention, criminal liability of the legal person, article 31 *bis* of the Spanish Penal Code, exemption of criminal liability, attenuation of criminal liability, criminal compliance programs, compliance officer.

Introducción y metodología

En el Derecho penal español, tradicionalmente, ha gobernado el principio *societas delinquere non potest* razón por la que la autoría en delitos fiscales cometidos en relaciones jurídicas tributarias en las que el sujeto activo es una persona jurídica se regía (y se sigue rigiendo) por la regla de imputación prevista en el artículo 31 del Código Penal.

Sin embargo, desde el año 2003, el Derecho comunitario de la Unión Europea, por medio de Decisiones Marco y de Directivas —entre otras las siguientes: 2004/68/JAI de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil; la 220/757/JAI, dictada en materia de infracciones vinculadas al tráfico ilícito de drogas y precursores; y la 2005/667/JAI, adoptada en materia de contaminación por buques— ha ido introduciendo en el ordenamiento jurídico-penal el concepto de responsabilidad penal de la persona jurídica en concretas infracciones penales, conformando un régimen normativo que ha sido objeto de amplia consideración por la reforma del Código Penal español operada por la Ley Orgánica 1 de 2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10 de 1995 del Código Penal, en adelante, Ley 1 de 2015 (García, Mestre y Figueroa, 2015, pp. 13-5; Manzanares, 2015, pp. 55-60).

Recordemos que la Ley Orgánica 5 de 2010, por la que se modifica la Ley Orgánica 10 de 1995, del Código Penal, en adelante, Ley 5 de 2010. Reconoce por primera vez en la historia del derecho penal (*scil.* español) la responsabilidad penal propia de la persona jurídica, con independencia de la que pueda corresponder a las personas físicas que actúen en el seno de la persona jurídica (Polaino y Polaino-Orts, 2013, pp. 137-166; Alapont, 2017, p. 1). Este régimen se instauró en un contexto de discrepancia doctrinal, y de controversia teórica y práctica sobre la materia, donde las dudas y la incertidumbre primaban sobre las seguridades y las certezas, y se hizo, además, como puede suponerse, dando entrada en la legislación penal española a una sistematización positiva que contribuyó, no tardando, a interpretaciones encontradas en los diversos operadores jurídicos (Hernández, 2013, p. 117). La

introducción de la regulación positiva vino seguida de la Circular 1 de 2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5 de 2010, que sembró todavía más duda sobre la eficacia de los modelos de prevención penal.

En ese escenario de confusiones, y desde un inicio (muy poco tiempo después de su introducción de la redacción originaria), se evidenció que el régimen español de la responsabilidad penal de la persona jurídica presentaba coincidentes vicisitudes con los que se planteaban o con los que se evidenciaban en experiencias (teóricas o propuestas) de Derecho comparado (revisar las experiencias en algunos países de Europa y América: Kuhlen, 2014, pp. 90-125; Seminara, 2014, pp. 127-157; Carrión y Urquizo, 2015, pp. 376-385; Ruggiero, 2015, pp. 459-511), donde un aspecto esencial que se infería era el de procurar el fomento de la participación activa de las propias empresas en la lucha contra la criminalidad producida en su seno.

Desde entonces hasta ahora ha sido creciente el interés y la atención puestos por el legislador en la implantación de los modelos de *gobernanza corporativa*, esto es, sistemas autorregulativos de prevención penal en las empresas con tal capacidad de rendimiento y de efecto que podrían incluso determinar la exención de su propia responsabilidad criminal. De la misma forma que una persona física tiene diversos deberes y diversas facultades de autoprotección, también la persona jurídica dispone de esas facultades y viene obligada por esos deberes. O, dicho sea de otro modo, la única diferencia entre la persona física y la jurídica es fenomenológica; jurídicamente no hay, entre ellas, diferencia alguna.

Ahora sí, tras el introito en la cuestión, entramos en el estudio del régimen vigente con especial referencia en el delito fiscal (confróntese, sobre la denominación del delito, Lombardero, 2011, p. 19). Se podría argüir que no puede denominarse como *delito fiscal* específicamente a la descripción típica contenida en el vigente artículo 305 del Código Penal, pues el delito contable del artículo 310 del Código Penal también es un delito fiscal. Por este motivo, una parte de la doctrina comenzó a denominar a este tipo penal —tras

la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, que introdujo lo que hoy se conoce como delito contable— como *delito de defraudación tributaria*. Mantenemos en este trabajo la denominación de *delito fiscal* —expresión empleada por la generalidad— indistintamente con la de *defraudación tributaria*.

Singularmente, y tras una contextualización de la problemática bajo análisis, abordamos una exégesis del régimen vigente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español, recogido en el artículo 31 *bis*. Sobre este nos detenemos, poniendo atención en los siguientes aspectos: sus notas definitorias, el sistema de exención de responsabilidad penal, las condiciones mínimas de los planes de prevención o programas penales de cumplimiento y, por último, la figura del oficial de cumplimiento, a quien caracterizamos considerando su rol, función y responsabilidad penal. Para acabar, hacemos alusión a las principales conclusiones obtenidas de la presente investigación. Entremos, pues, sin más demora, en estudio.

Contextualización de la problemática

La implicación de la persona jurídica en la tarea de la prevención criminal mediante el cumplimiento de determinadas facultades y deberes de auto-protección era, pues, una realidad tan obvia y esperada que a nadie puede sorprender el nuevo régimen arbitrado por el legislador por obra de la Ley Orgánica 1 de 2015 (Corcoy y Gómez, 2014, p. 21). Una realidad no solo en España, sino en el mundo actual comparado, que —más allá de la juventud e inmadurez de una figura en pleno crecimiento— ya ha conmovido y revolucionado las estructuras del viejo sistema penal, aportando una nueva faz —una nueva cultura jurídico-empresarial (Calcina, 2014, p. 151; Gómez, 2013, p. 49)— en esta nueva época llamada por Caro (2014), con acierto, «Derecho penal en la era del *compliance*» (p. 145).

Pese a reconocer que aún no queda delimitada con la deseable precisión el vigente sistema de responsabilidad penal de las personas jurídica (Polaino,

2016, pp. 53-63; Rodríguez, 2016, p. 5), son valiosas las modificaciones introducidas con la intención de poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la regulación existente en el marco de la Ley Orgánica 5 de 2010 (sobre las características del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica existente durante la vigencia de la Ley Orgánica 5 de 2010, ver Gómez, 2010).

Con dicho propósito, las modificaciones operadas por el legislador de 2015 en el artículo 31 *bis* del Código Penal, incorporando asimismo tres nuevos preceptos —31 *ter*, 31 *quater* y 31 *quinquies*— aspiran a una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control» que se debe ejercer en el seno de la persona jurídica y cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal (...) el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica (confróntese: Nieto, 2008, pp. 102-108).

Al respecto, ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo, RJ 2016\824, fundamento de Derecho quinto:

Es cierto que la voluntad del legislador no es el único de los parámetros hermenéuticos cuando se trata de fijar el alcance de un precepto penal. Pero también lo es que ese pasaje de la exposición de motivos no puede interpretarse de otro modo que como el confesado propósito legislativo de apartar nuestro sistema de algún modelo comparado —es el caso, por ejemplo, del Derecho italiano, más próximo a la responsabilidad administrativa— en el que, no sin viva polémica, el papel de la persona jurídica solo se justifica por la oportunidad de demostrar que, pese a la comisión del hecho de referencia a cargo de la persona física, aquélla actuó con la debida diligencia en la organización de las medidas de cumplimiento, de gestión y de control.

También, la lectura del otrora régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que disponía:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de estas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en

provecho de estas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

Y su vigente regulación nos permite observar que se conservan los supuestos introducidos por la Ley Orgánica 5 de 2010, pero se incorpora un caudal de modificaciones en su formulación que trascienden de la mera cuestión estilística de expresión literaria, incidiendo en la regulación substantiva de la materia (véase, al respecto y ampliamente, Tiedemann, 2007, pp. 89-110).

En primer lugar, para aludir al primero de los tres cambios mencionados, en la regulación anterior se señalaba que las personas jurídicas serían penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus *representantes legales* o por los *administradores de hecho o de derecho* (De la Cuesta, 2013, p. 64). Ahora, y tras la reforma, el artículo 31 *bis* del Código Penal alude a los *representantes legales* o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están *autorizados para tomar decisiones* en nombre de la persona jurídica u ostentan *facultades de organización y control* dentro de la misma. Resulta innegable que esta novedad conlleva una evidente extensión del círculo de personas que pueden generar responsabilidad penal en el seno de las personas jurídicas.

Por otro lado, anteriormente, y como ya se ha dejado escrito en el párrafo anterior, se requería que la comisión de los delitos por los representantes legales y administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica fuesen realizados *en su provecho* (*scil.* de la persona jurídica). En la disposición vigente, distintamente, se habla del *beneficio directo o indirecto* en el aludido comportamiento, lo que podría suponer una relajación en el alcance del vínculo económico (Silva, 2016, p. 368). Sobre este último presupuesto destacado, la Sentencia RJ 2016\600 del 29 de febrero de 2016 ha destacado:

[...] se trata de un extremo que, sin duda, habrá de resolverse de forma casuística en el futuro y que, junto con otros que incorpora el precepto, será, con toda seguridad objeto de importantes debates. Por ello convendría dejar claro desde ahora que ese término de «provecho» (o «beneficio») hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de

simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica, en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico se comete (véase, además, el análisis de la sentencia por Villegas, 2016; Del Rosal, 2016; Calvo, 2017).

En lo que se refiere a los delitos cometidos por trabajadores, la regulación anterior disponía que las personas jurídicas serían penalmente responsables de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales, y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes estando sometidos a la autoridad de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho hubieren podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el *debido control* atendidas las concretas circunstancias del caso. Hoy, con el nuevo texto, se requiere que tales hechos se hayan podido realizar como consecuencia de un *incumplimiento grave* de aquéllos (*scil.* los superiores) de los *deberes* de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. Con todo, y como apuntó el Tribunal Supremo en la Sentencia RJ 2016\824 del 16 de marzo de 2016:

El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización [...]. Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal [...] ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la *ausencia de una cultura* de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

Tras lo dicho, nuestro deseo es dar luz a una de las cuestiones más oscuras en la exégesis del delito fiscal: la responsabilidad penal de la persona jurídica

por actuación de sus miembros, cuestión carente de precisión legal y que requiere para su interpretación de un esfuerzo intelectual evidente. En este sentido, y como se colige de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016, la conveniencia de aceptar la existencia de puntos controvertidos aconseja

[...] no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso ulterior de matización. En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate parece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal, sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema (Ponente: Marchena Gómez, Fundamento de Derecho quinto).

Exégesis del artículo 31 bis del Código Penal español

Rasgos definitorios del régimen. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no es ilimitada y reconocida con carácter general para cualquier tipo de delito, sino que, por el contrario, solo resulta operativa en relación con determinadas figuras delictivas que se encuentran previstas legalmente (Hernández, 2013, p. 114; Carreras, 2012, p. 64; García, 2016, p. 6). A estos efectos, es preciso señalar que nada obsta para declarar autoras de los delitos contra la Hacienda Pública a las referidas entidades en virtud de lo dispuesto expresamente en el artículo 310 *bis* del Código Penal.

Hemos de resaltar que este sistema normativo regula una responsabilidad de tipo acumulativo, es decir, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no sustituye la correspondiente a las personas físicas mencionadas en el artículo 31 *bis*, 1 a) del Código Penal, sino que se acumula a esta última (Gómez, 2011, p. 131; Carreras, 2012, p. 64), y ello incluso cuando no haya podido individualizarse a la concreta persona física responsable, o no haya sido posible

dirigir el procedimiento contra ella, tal y como lo dispone el artículo 31 *ter* del Código Penal.

En aquel sentido, el Tribunal Supremo en la Sentencia RJ 2016\824 del 16 de marzo de 2016 apuntó que son dos los sujetos de la imputación, cada uno de ellos responsable de su propio injusto y cada uno de ellos llamado a defenderse con arreglo a un estatuto constitucional que no puede vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro de los acusados (Gil, 2018, p. 4; González, 2014, p. 300). Destaquemos, además, que los representantes, directivos y sus respectivos dependientes, podrán responder criminalmente por un delito fiscal de forma autónoma y con independencia de la responsabilidad que corresponda atribuírsele a la persona jurídica, supuesto en el que nos remitimos al análisis del artículo 31 del Código Penal; también, en Sentencia RJ 2016\2531 del 13 de junio de 2016 (fundamento de Derecho primero), dejó dicho:

Además, aun en el supuesto de que, salvadas las exigencias derivadas del principio de legalidad y del acusatorio, se hubiera ejercido la acción penal contra la persona jurídica, la redacción del precepto no excluye la de la persona física que la representa si concurren en él los elementos de la autoría precisos para la imputación y la subsunción de su conducta en la norma. El relato fáctico refiere un comportamiento típico en el acusado consistente en no hacer nada para evitar o disminuir, pudiendo hacerlo, los efectos y daños ecológicos que causó la industria que dirigía, comportamiento personal que es imputable al mismo y del que surge la responsabilidad penal. El art. 31 *bis* del Código penal actúa como una cláusula de determinación de la autoría definitiva del tipo de autor en las personas jurídicas. El art. 31 *bis* señala los presupuestos que han de concurrir para la declaración de persona jurídica como autora del delito, esto es, un delito cometido por persona física —representantes legales o por empleados— en nombre o por cuenta de una persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales por cuenta o en beneficio directo o inmediato de la persona jurídica, y que por ésta no han adoptado las medidas de organización y gestión necesarias, que incluyen medidas de vigilancia y control de los posibles resultados típicos que el ejercicio de su actividad de la persona jurídica pueda realizar. En el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema vicarial, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 *ter* CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad. En el caso, de esta casación no se formuló acusación a la persona jurídica, por lo que ésta no pudo

ser declarada. Por otra parte, la responsabilidad de la persona física es independiente de la posible responsabilidad penal de la persona jurídica.

Con todo, y en virtud de lo expuesto, conforme al primer supuesto regulado en el artículo 31 *bis*, para poder imputar un delito fiscal a una persona jurídica la conducta típica deberá haberse llevado a cabo por alguna de las personas físicas enunciadas en el precepto aludido *ut supra* (representantes legales o quienes actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma), siempre y cuando dicha conducta se cometa en *beneficio directo o indirecto* de la persona jurídica, lo que puede ser factible si la cuota defraudada se utiliza en las actividades propias de la entidad o bien si se transfiere al patrimonio de los socios (Carreras, 2012, p. 65; Silva, 2016, p. 368).

El artículo 31 *bis*, 1 b) del Código Penal establece, a su vez, una doble vía de imputación, en la medida en que se hace responsable a las personas jurídicas no solo por los delitos cometidos por las personas ya señaladas y bajo las condiciones descritas (apartado «a»), sino también por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas indicadas en el artículo 31 *bis*, 1 a), han podido realizar los hechos delictivos debido al incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de aquéllas (*scil.* los superiores).

Si se repara en esto último, pareciera que los sujetos mencionados en el apartado a) son sujetos obligados a supervisar, vigilar y controlar las conductas de los subordinados. Al respecto, y como ha afirmado Silva (2016):

El conjunto resulta, en parte, más preciso que el del texto anterior que aludía a que el delito se hubiera podido cometer por no ejercerse sobre los subordinados un «debido control» sin especificar quién debía ejercerlo. En este sentido, el ámbito de responsabilidad de la persona jurídica por hechos cometidos por subordinados parece haberse estrechado. Sin embargo, y como se ha venido indicando, el círculo de sujetos que pueden dar lugar a responsabilidad de la persona jurídica en virtud del apartado a) parece haberse ensanchado (p. 370).

Por otro lado, y en lo que se refiere al artículo 31 *bis*, 1 a), debemos recordar que los sujetos allí mencionados deberán actuar *en nombre o por cuenta de las mismas*, y en su *beneficio directo o indirecto*, lo que excluye la responsabilidad penal de la persona jurídica por la comisión de un delito fiscal cuando dichos sujetos no cometan el referido tipo penal en tal condición, esto es, lo hagan actuando al margen de su función de representación o administración de la sociedad, aunque la comisión del delito favorezca económicamente a la persona jurídica (Gómez, 2011, p. 133). En aquel sentido, se puso de relieve por la doctrina lo siguiente:

Al imputarse la responsabilidad penal como consecuencia de los actos derivados de quien materialmente los gestiona, aquélla también puede tener lugar por las correspondientes actuaciones del administrador cuando éste tenga la condición de gestor independiente —como, ad. ex., un abogado o un asesor fiscal—, y ello, además, porque no resulta imprescindible que dicho sujeto se encuentre formalmente vinculado a la empresa a través de un contrato laboral o mercantil, siendo suficiente con que el trabajador actúe por cuenta de esta última y en su provecho (Adame, 2009, p. 96).

En lo que se refiere al apartado b) del artículo 31 *bis* del Código Penal, la imputación a la persona jurídica deriva del hecho de que el delito en cuestión haya sido cometido por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apartado a), pudieron cometer el delito por haber éstos (representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma) *incumplido gravemente* los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Este último requisito legal de *incumplimiento grave* permite estimar que cuando se infringen los deberes positivos no solo responderán los subordinados por sus actuaciones, sino también los superiores por haber omitido la conducta legalmente exigida de evitación de comisión de delitos mediante el cumplimiento de los especiales deberes de vigilancia y supervisión que les incumbe; así apunta la Circular de la Fiscalía General del Estado 1 del 2016:

Esta clara disminución de la intervención punitiva permite dejar fuera del ámbito penal aquellos incumplimientos de escasa entidad (no graves) frente a los que solo caben las sanciones administrativas o mercantiles que disciplinan algunas de las materias relacionadas con las infracciones para las que el Código Penal contempla la responsabilidad de la persona jurídica (p. 50).

En efecto, y como señaló el pronunciamiento de 16 de marzo de 2016 (Tribunal Supremo, RJ 2016\824, fundamento de Derecho quinto):

La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto (...). Solo responde cuando se hayan «incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso». Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos.

Con base a lo anteriormente expuesto, y en lo que al delito fiscal se refiere, continuemos nuestro análisis centrándonos en el estudio de la eximente de responsabilidad penal para la persona jurídica, efecto de la implantación de un modelo de prevención de delitos (convencionalmente denominado *criminal compliance program*), regulado en el artículo 31 *bis*, apartados 2, 3, 4 y 5 CP (Silva, 2016, p. 370).

Sistema de exención de responsabilidad penal. La novedad mayor que aporta la nueva regulación en el ámbito empresarial es la adopción de un modelo de prevención de delitos o de un programa penal de cumplimiento (*criminal compliance, corporate compliance*) (Rotsch, 2015, p. 14; Caro y Reyna, 2016, pp. 747-807) que opera, desde el lado negativo de las eximentes penales (y no únicamente como una circunstancia atenuante), como una causa de exención de responsabilidad jurídico-penal. El anterior artículo 31 *bis* del Código Penal, en su apartado cuarto, disponía:

Solo podrán considerarse *circunstancias atenuantes* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, *con posterioridad* a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: [...] d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los

delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Tras la reforma de la Ley Orgánica 1 de 2015, esta circunstancia se mantiene en los mismos términos que antes de la modificación, en el incorporado artículo 31 *quater* del Código Penal que dispone expresamente lo siguiente:

1. Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: (...) d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica (...).

Pese a la aparente claridad de la disposición, su regulación generó numerosas discusiones en el ámbito de la doctrina más especializada sobre la materia, especialmente referidas a los efectos benévolos que desplegaba la implementación de un modelo de prevención penal y, más que nada, la factible exoneración total de responsabilidad criminal de la persona jurídica. Por ello, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1 de 2015 al artículo 31 *bis* del Código Penal, por medio de los apartados 2, 3, 4 y 5, se dedicó a caracterizar la *eximente* de responsabilidad penal de la persona jurídica —apartados transcritos en el planteamiento introductorio de este apartado— dilucidando cualquier polémica que haya podido surgir en torno a la cuestión previamente señalada. En efecto, se expresa en los apartados 2 y 4 que, de cumplir con las condiciones allí señaladas, la persona jurídica quedará *exenta* de responsabilidad si adoptó y ejecutó con eficacia, *antes* de la comisión del delito, modelos de organización y gestión idóneos para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (Bacigalupo, 2011, p. 2; Rotsch, 2012, p. 27).

Tales programas penales de cumplimiento operan como mecanismos internos ejecutados por la persona jurídica para detectar y prevenir comportamientos delictivos en su mismo seno. En otras palabras, como indica Gallego (2014, p. 203), se intenta brindar incentivos a las organizaciones que

se estructuran de tal manera que mediante los modelos de prevención penal actúan como *autopolicia* de su propia conducta.

Cabe destacar que la Fiscalía General del Estado (FGE, 2016), en la Circular 1 de 2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1 de 2015 (en adelante, Circular 1 de 2016), partiendo de que el artículo 31 *bis* del Código Penal establece un sistema de responsabilidad indirecta o vicarial conforme al cual el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica descansa en un hecho ajeno y no en un hecho propio, sostiene que la aplicación del modelo de organización y gestión como circunstancia exoneratoria de responsabilidad se debe calificar como excusa absoluta, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos *post* delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31 *quater* (p. 56). Al respecto, véase la Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de septiembre de 2015 (Ponente: Marchena Gómez):

Ya se optará por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal (Fundamento de Derecho tercero).

No es momento para profundizar en la controvertida cuestión relativa a la naturaleza jurídica del programa de cumplimiento. Únicamente señalaremos la incoherencia e incorrección del planteamiento de la FGE que, por un lado, no cataloga como «eximente» a una circunstancia que exime de responsabilidad y, por otra, considera el programa de cumplimiento como «excusa absoluta» o «causa de exclusión personal de la punibilidad» (aunque añade «y no de supresión de la punibilidad»), y a continuación afirma que excluye un elemento de la tipicidad (objetiva o subjetiva), con lo que tendría que ser, en todo caso, una causa de atipicidad.

Otro es el criterio de la ya mencionada Sentencia RJ 2016\600 del 29 de febrero de 2016 (fundamento de Derecho octavo), pues consideró que no

estaríamos ante una excusa absolutoria, sino ante una exención de responsabilidad relacionada con el tipo objetivo del injusto, puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica. El Tribunal descarta que tales herramientas puedan entenderse como excusa absolutoria si tenemos en cuenta que ésta «ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que [...] la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción».

Mayor razón asiste en este punto Polaino Navarrete (2016), quien —a propósito de la naturaleza jurídica de la aludida cláusula— considera que nos encontramos frente a una *condición objetiva de exención de responsabilidad penal*, naturaleza que, como afirma:

Viene a ser equivalente —a la inversa— a la de las condiciones objetivas de punibilidad en el concepto jurídico de delito: la condición objetiva de punibilidad, de no cumplirse, excluye el delito (por la no necesidad de la pena), y la condición objetiva de exención, de no cumplirse, excluye la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica (por acreditarse el merecimiento de pena) (p. 57).

Por otro lado, y en el caso de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las personas jurídicas y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, el nuevo precepto dispone cuáles son las restantes condiciones que deben acreditarse para que estos modelos de prevención de delitos eximan de responsabilidad penal a la persona jurídica. A saber:

1. Que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.

2. Que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención.
3. Que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano supervisor.

En todo caso, cuando las circunstancias detalladas previamente se acrediten de forma parcial, serán valoradas a los efectos de atenuación de la pena. Sobre esta última afirmación:

Uno de los defectos principales del Código penal español actualmente es que no da relevancia en la determinación de la sanción a aquellos casos en que existe un programa de cumplimiento, pero éste no resulta todo lo eficaz que debiera. Se trata de una incoherencia, pues uno de los rasgos de identidad más importantes del CP es la distinción entre eximentes completas e incompletas, que aunque no excluyen de responsabilidad sirven para una rebaja importante de la pena. El Proyecto de reforma de 2013 elimina este defecto. Los programas de cumplimiento no correctamente implementados, pueden dar lugar a una atenuación de la pena (Nieto, 2015d, p. 90).

Al respecto, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 31 bis 4 del Código Penal, que establece lo siguiente:

Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

La constitución de los modelos de prevención de delitos no resulta de ninguna manera obligatoria para la persona jurídica; ésta puede o no implementarlo (Nieto, 2015b, p. 190). Si lo hace, podría servir como causa de exención de responsabilidad criminal o, en su defecto, como causa de atenuación de la pena, pero aquella que no lo haya adoptado (de forma completa o incompleta) deberá considerar inviable los beneficios penológicos aludidos. Con todo, y en lo que al delito de defraudación tributaria se refiere, si los representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como inte-

grantes de un órgano de una persona jurídica, autorizados para tomar decisiones en nombre de aquella u ostentando facultades de organización y control dentro de la misma, incurrir en la comisión de un delito fiscal, harán responsable penalmente a la persona jurídica, salvo que, entre otras condiciones, el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, y antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión idóneos para prevenir delitos de aquella naturaleza. En este caso, de haber actuado en los términos previstos por el legislador penal en los artículos 31 *bis* y siguientes, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal por la comisión del delito contemplado en el artículo 305 del Código Penal.

Igualmente, si quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apartado a) del artículo 31 *bis*, 1, pudieron realizar —en el ejercicio de actividades sociales, y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica— un delito fiscal por haberse incumplido gravemente por sus superiores los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso, la entidad quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir defraudaciones tributarias o para reducir de forma significativa el riesgo de comisión de delitos de tal naturaleza (acerca del debate doctrinal que se ocupa de analizar el derecho de las personas jurídicas a no auto inculparse en materia tributaria, ver ampliamente Sanz, 2016).

Condiciones mínimas de los programas penales de cumplimiento.

Más allá de que la Circular 1 de 2016, de 22 de enero, haya intentado dilucidar ciertas cuestiones caducadas tras la reforma de 2015 con respecto a los programas penales de cumplimiento, determinar el contenido exacto de los modelos de cumplimiento no es posible, pues la persona jurídica tiene libertad para implantarlos o ejecutarlos y hacerlo además de manera en que crea conveniente, en función de la estructura, la composición, el volumen, la actividad, etc., de la empresa. Aquella limitación puede verse como una ventaja, en la medida en que su carácter abierto permite la adaptación permanente a la realidad

inestable de la persona jurídica; y, por el otro lado, como una desventaja, pues esta amplitud y falta de precisión de su contenido podría significar una mayor inseguridad al momento de determinar los deberes de la persona jurídica con relación a estos modelos de prevención (Gómez, 2006, p. 77).

Antes de entrar en el examen del contenido de estos modelos de prevención penal, que —como afirma Ramírez y Díez (2015)— dependerá de la actividad desarrollada por la persona jurídica (p. 63), en el estudio es de tener en cuenta el principio *tone from the top* (Regner, 2018, pp. 211-216). Como afirmó la Circular 1 de 2016:

Cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección de la compañía. El comportamiento y la implicación del Consejo de Administración y de los principales ejecutivos son claves para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Por el contrario, su hostilidad hacia estos programas, la ambigüedad, los mensajes equívocos o la indiferencia ante su implementación traslada a la compañía la idea de que el incumplimiento es solo un riesgo que puede valer la pena para conseguir un mayor beneficio económico. La responsabilidad de la sociedad no puede ser la misma si el delito lo comete uno de sus administradores o un alto directivo que si lo comete un empleado. El primer supuesto revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho la seriedad del programa, de tal modo que los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz si un alto responsable de la compañía participó, consintió o toleró el delito (p. 53).

Ahora bien, y considerando aquella premisa como nuestro norte, podemos apreciar ciertas exigencias mínimas que deben atenderse al momento de diseñar cualquier programa de cumplimiento (Seminara, 2014, p. 136; Lascu-raín, 2015, p. 272). Estos requisitos constituyen una innovación aportada por la nueva ley que coadyuva a la operatividad y concreción de este instituto que quedaba indefinido en exceso con la regulación anterior. Pero, en verdad, compartimos lo sostenido por Polaino (2016):

La índole administrativa de estas delimitaciones legales de los modelos de organización y gestión excede de la estructura propia de la ley penal, y no tiene sino el valor de una norma objeto de remisión que sirve para poder integrar el presupuesto normativo de la disposición penal. Su ubicación sistemática más adecuada sería la del Derecho administrativo sancionador o disciplinario, en lugar del articulado del Código penal. En todo caso, el sistema positivo establecido limita el alcance de la responsabilidad penal

de la persona jurídica, por la vía de la restricción que implica la posición de garante y de la vigencia de la causa legal de exclusión de la punibilidad de la persona jurídica. (p. 60).

Sin dejar de lado tan sugerente crítica, lo cierto es que según la Ley vigente, tales condiciones mínimas son:

1. Identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. Sobre este primer requisito, la Circular 1 de 2016 establece:

La persona jurídica deberá establecer, aplicar y mantener procedimientos eficaces de gestión del riesgo que permitan identificar, gestionar, controlar y comunicar los riesgos reales y potenciales derivados de sus actividades de acuerdo con el nivel de riesgo global aprobado por la alta dirección de las entidades, y con los niveles de riesgo específico establecidos. Para ello el análisis identificará y evaluará el riesgo por tipos de clientes, países o áreas geográficas, productos, servicios, operaciones, etc., tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones. En las empresas de cierto tamaño, es importante la existencia de aplicaciones informáticas que controlen con la máxima exhaustividad los procesos internos de negocio de la empresa. En general, pues depende del tamaño de la empresa, ningún programa de *compliance* puede considerarse efectivo si la aplicación central de la compañía no es mínimamente robusta y ha sido debidamente auditada (p. 44).

Así, y en lo que se refiere a nuestra materia —delito fiscal—, creemos que una de las características de un adecuado modelo de prevención consistiría, por ejemplo, en definir un mapa con los riesgos fiscales existentes unidos a su probabilidad de ocurrencia e impacto. Esta proyección debería identificar los peligros de incumplimiento fiscal susceptibles de sanción o ajuste positivo en la cuota del gravamen. Ejemplos de riesgos de incumplimiento fiscal podrían ser la venta de acciones sometidas al artículo 108 de la Ley 24 de 1988, del Mercado de Valores, «BOE» núm. 181, las operaciones concesionales, las valoraciones fiscales de activos, especialmente intangibles y, en general, cualquier operación que, por su envergadura, complejidad o importancia estratégica para la empresa, sea susceptible de generar una elevada sanción que pueda incluso poner en riesgo la continuidad del negocio.

Las empresas sometidas a Auditoría de Cuentas Anuales se someten a la Nota fiscal del auditor en la que, de alguna manera, los riesgos observados a tenor de la información fiscal de la empresa quedan cubiertos, pero para el resto de las entidades sería aconsejable someterse a una auditoría fiscal antes de diseñar el mapa referido y los demás componentes de su gestión de riesgos fiscales (Peña, 2011, p. 16).

2. El segundo requisito es establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de estas con relación a aquéllos. A propósito de este presupuesto, la Circular que venimos señalando, sostuvo:

Tales procedimientos deben garantizar altos estándares éticos, de manera singular en la contratación y promoción de directivos y en el nombramiento de los miembros de los órganos de administración. Además de la obligación de atender a los criterios de idoneidad fijados por la normativa sectorial y, en defecto de tales criterios, la persona jurídica debe tener muy en consideración la trayectoria profesional del aspirante y rechazar a quienes, por sus antecedentes carezcan de la idoneidad exigible (p. 44).

En lo que respecta al delito fiscal, se hace necesario crear un estándar de cumplimiento fiscal o protocolo de política tributaria que se refiera a los principios sobre los que se asienta la planificación de la empresa, que defina los riesgos fiscales, explique las diferencias del modelo de negocio y de organización para justificar cumplidamente la razonabilidad de sus operaciones con trascendencia fiscal, identifique los puntos del programa o modelo que representan la mayor importancia en términos de ventaja competitiva y, entre otras, establezca la frontera entre lo que se entiende contingencia y lo que se entiende por seguridad fiscal. La mayoría de los modelos de cumplimiento, por ejemplo, IDW 980 alemán, incluyen la política fiscal como punto necesario. El estándar IDW AssS 980 es una norma hecha por el Instituto alemán de Censores jurados de cuentas (*Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland*) en 2011 sobre Principios para el desarrollo de encargos sobre seguridad razonable en la evaluación de programas de CMS. Está hecho para auditores, enfocada a garantizar que se ha cumplido con la calidad (*assurance*) exigible en la evalua-

ción y auditoría de *compliance*, y con los mínimos de solvencia y rigor exigibles en la evaluación de un programa.

Además, y particularmente sobre este contenido, un programa idóneo debería, por ejemplo, someter a órganos colegiados las tareas críticas de los procesos principales del área fiscal susceptibles de hacer incurrir a la empresa en responsabilidad penal por defraudaciones tributarias. Es conveniente, en este sentido, maximizar la cautela explicando aquellas decisiones más arriesgadas y, al adoptarse cualquier medida tributaria, debería motivarse en razones económicas de manera que no pueda argüirse inexistencia de razones empresariales para sancionar a la empresa.

3. La tercera condición es disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. En lo que se refiere a nuestra materia, la persona jurídica debería trazar un adecuado plan de administración de los recursos económicos destinados a neutralizar los delitos de defraudación tributaria dentro de su seno.

4. El cuarto requisito es imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. La Circular expresa acerca de este aspecto legal:

La existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (*whistleblower*), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias (p. 45).

Es decir, un modelo de organización y gestión idóneo para exonerar de responsabilidad penal a una persona jurídica por la comisión de un delito fiscal en los términos previstos en el artículo 31 *bis* del Código Penal, debería contar con canales o líneas éticas por los que se puedan denunciar —con las

cautelares legales oportunas— hechos relacionados con el cumplimiento fiscal de la empresa (García, 2014, pp. 43-47; 2015, pp. 206-220).

5. El quinto requisito legal consiste en establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo (confróntese, Nieto, 2015a, p. 150). La Circular agrega:

Presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento, así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto (p. 45).

6. El sexto presupuesto es realizar una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad. Al respecto, la Circular 1 de 2016 apunta:

Aunque el texto no establece plazo ni procedimiento alguno de revisión, un adecuado modelo de organización debe contemplarlos expresamente. Además, el modelo deberá ser revisado inmediatamente si concurren determinadas circunstancias que puedan influir en el análisis de riesgo, que habrán de detallarse y que incluirán, además de las indicadas en este requisito, otras situaciones que alteren significativamente el perfil de riesgo de la persona jurídica (e.g. modificaciones en el Código penal que afecten a la actividad de la corporación) (p. 45).

Resulta fundamental, pues, que el modelo de organización y gestión contemple expresamente un plazo y regule un procedimiento concreto de revisión, con el propósito de detectar y adoptar soluciones para los defectos que se observen en el mismo. Más allá de las exigencias mínimas expuestas, debemos recordar que en el diseño de estos programas penales de cumplimiento pueden existir evidentes diferencias dadas no solo por las diversas actividades desarrolladas por las personas jurídicas que implementarán aquéllos, sino también por las distintas características estructurales y legislativas en las que se desenvuelven (Artaza, 2014, p. 240; Sáiz, 2015, p. 45; Reyna, 2015, p. 263).

También, otra medida que podría incluirse en un modelo de prevención de delitos fiscales, sería la referida a la comunicación interna, es decir, a la información transmitida a los subordinados, pues su involucramiento en la cultura de cumplimiento fiscal es fundamental. Esta pauta podría efectivizarse mediante, por ejemplo, el *welcome pack*, cursos, circulares internas con recibo de lectura, glosarios fiscales; el paquete de bienvenida o *welcome pack* se configura por documentación trascendente sobre la organización que, normalmente, se facilita a las nuevas incorporaciones para su conocimiento. Su contenido debería estar destinado a transmitir información de relevancia desde la perspectiva de *compliance*, comprendiendo las políticas críticas de la organización, resultando ser una herramienta para generar o mantener la cultura corporativa de cumplimiento. Asimismo, a quienes tengan mayor relación con el área fiscal (asesoría jurídica, contabilidad, dirección financiera o auditoría interna, etc.), se les debería brindar la suficiente formación jurídica-tributaria.

Por otro lado, y debido a que la información contable y fiscal generalmente se halla en soportes digitales y se genera por medio de programas informáticos, la política de seguridad informática está estrechamente vinculada al cumplimiento fiscal, por lo que habrá que considerar con especial interés las relaciones entre ambas ramas. Asimismo, la confección de un cuadro de mando fiscal debería ser contemplado por el programa penal de cumplimiento, por su alta efectividad en el proceso de despliegue e implantación de estrategias, focalizando en la importancia de las tareas críticas y en la vigilancia de los procesos donde se concentra el mayor riesgo de incumplimientos tributarios.

A modo de Cuadro de Mando Integral se puede confeccionar un subcuadro de mando fiscal identificando competencias, tareas críticas, responsabilidades y líneas rojas. El concepto de Cuadro de Mando Integral (CMI) (*Balanced Scorecard-BSC*), fue presentado en 1992 por la Revista Harvard Business Review, con base en un trabajo realizado para una empresa de semiconductores. Sus autores, Kaplan y Norton, plantearon el Cuadro como un sistema de administración o sistema administrativo (*management system*), que va más allá de la perspectiva financiera con la que los gerentes acostumbran a evaluar la marcha de una empresa. Según estos dos consultores, gestionar una

empresa teniendo en cuenta solamente los indicadores financieros tradicionales (existencias, inmovilizado, ingresos, gastos), ignora la importancia de los activos intangibles de una empresa (relaciones con los clientes, habilidades y motivaciones de los empleados) como fuente principal de ventaja competitiva. De ahí surge la necesidad de crear una nueva metodología para medir las actividades de una compañía en términos de su visión y estrategia, proporcionando a los gerentes una mirada global del desempeño del negocio. Igualmente, es necesario apuntar a la transparencia en el reporte de la información tributaria como pilar básico de una estructura fiscal óptima y cumplidora de la legalidad, lo que supone elegir procesos contables basados en estándares de reporte aceptados y revelar fielmente la imagen de la empresa a todos los efectos, especialmente, en lo que a datos y procesos con trascendencia tributaria se refiere.

Otra de las condiciones a considerar en un plan de prevención de delitos fiscales podría ser la utilización y generación de documentación tributaria interna, adherencia a protocolos internacionales, definición de *harmful practices*, repositorios de evidencias del debido control, historial de lecciones aprendidas que se usarán para aplicar cambios en el sistema cuando se detecten novedades susceptibles de detectar riesgos fiscales, y otras medidas con similar naturaleza. Lo que se entiende por «prácticas abusivas» ha ido evolucionando notablemente desde que se creó en 2002 el Foro sobre Administración tributaria de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), con intención de promover la cooperación entre Administraciones Tributarias y desarrollar buenas prácticas. De sus reuniones periódicas, notas, declaraciones (como la de Seúl en 2006 o la de julio de 2009), y de sus grupos de trabajo sobre, por ejemplo, *Harmful tax practices* o el *Aggressive Tax Planning Directory*, han venido forjándose los conceptos de «gobernanza fiscal» y las «prácticas generalmente aceptadas» (al igual que las generalmente reprobadas), en términos de planificación fiscal.

En verdad, si se repara en las condiciones mínimas se advertirá que deben formar parte del programa de cumplimiento todas las medidas que manifiesten objetivamente que una persona jurídica pretende reforzar una línea

organizativa tendente al cumplimiento de la ley y que, al mismo tiempo, desincentive a las personas que actúan en su seno a que incurran o pretendan incurrir al margen del comportamiento ético mínimo esperado por la organización (Sieber, 2013, pp. 63-110).

El oficial de cumplimiento. *Órgano supervisor de la persona jurídica.* En la estructura de los programas penales de cumplimiento quien ocupa el rol más importante es el oficial de cumplimiento o, también conocido —según terminología anglosajona— como el *compliance officer* (De la Mata, Bilbao y Algorta, 2011, p. 8). Éste, como veremos inmediatamente, se encarga de supervisar el funcionamiento y el cumplimiento del correspondiente modelo de prevención (Dopico, 2013, p. 165).

En el estudio del órgano supervisor de los modelos de prevención penal, el nuevo artículo 31 *bis* del Código Penal distingue entre delitos cometidos por representantes o administradores de la persona jurídica, y delitos cometidos por subordinados:

1. En los supuestos de delitos cometidos por administradores o representantes legales, para que proceda la aplicación de la exención de responsabilidad penal se requiere que —entre otras circunstancias— la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.
2. En los supuestos de delitos cometidos por subordinados se requiere, en cambio, que, antes de la comisión del delito, la persona jurídica haya adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido, o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

De lo dicho se desprende un mérito del legislador al referirse, por primera vez, a la manera de organizar internamente las estrategias de prevención, aunque, al mismo tiempo, aquél incurre en una desacertada omisión al no precisar la caracterización, configuración y contenido de estos órganos. Es lógico que esta circunstancia haya originado numerosas preguntas en el ámbito empresarial, en la medida en que el cumplimiento de los requisitos legales que

deben presentar aquellos programas es imprescindible para que los modelos de prevención desplieguen sus efectos.

Por otro lado, si nos aferramos a la dicción del nuevo texto, en el supuesto de que el delito haya sido cometido por los subordinados da la impresión de que no se requiere la existencia de un órgano de supervisión y control independiente del órgano de administración encargado de adoptar y ejecutar el modelo de prevención. Pero esta interpretación no es adecuada, pues el mismo artículo 31 *bis* del Código Penal, en su apartado quinto, establece cuáles han de ser las condiciones mínimas de *cualquier* modelo de prevención, sin distinción alguna. Además, carece de sentido en la *praxis*, pues lo más razonable es que el órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica, sea el mismo en supuestos de delitos cometidos por representantes o administradores de la persona jurídica, y en aquellos cometidos por sus empleados (Camacho y Uría, 2015, *passim*).

En suma, el órgano supervisor de la persona jurídica será el contemplado en el apartado segundo del artículo 31 *bis*, 2, del Código Penal, independientemente de quién haya cometido el delito, es decir, un administrador o representante legal de la persona jurídica, o un subordinado.

Caracterización legal del órgano supervisor. Dicho lo anterior, y revisando los requisitos a cumplimentar por el órgano supervisor regulado por el artículo 31 *bis* del Código Penal, apartado segundo, observamos que la reforma de 2015 ofrece dos posibilidades en lo que respecta a su conformación: «1. Que sea un órgano de la persona jurídica con autonomía e iniciativa propia»; al respecto, advierte la Circular 1 de 2016:

(...) pese a que se pretende que el oficial de cumplimiento sea lo más independiente posible, al ser un órgano de la persona jurídica designado por el órgano de administración, al que asimismo debe vigilar, difícilmente gozará de plena autonomía en su función (p. 49).

El segundo es: «2. Que sea un órgano de la persona jurídica que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica». Al respecto, debe tenerse en cuenta:

El oficial de cumplimiento debe necesariamente ser un órgano de la persona jurídica, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación. Ello no implica que este órgano deba desempeñar por sí todas las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo, que pueden ser realizadas por otros órganos o unidades distintos al específico de cumplimiento normativo.

Y:

Tampoco existe inconveniente alguno en que una gran compañía pueda recurrir a la contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica. Lo relevante en nuestra investigación es que la persona jurídica tenga un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano (Circular 1 de 2016, p. 48).

Vamos a detenernos en el estudio de esta segunda posibilidad, que permite que un órgano ya encargado de controlar internamente a la persona jurídica asuma las competencias del oficial de cumplimiento, para lo que, antes, hemos de ponernos de acuerdo en algunas notas definitorias comunes a ambas posibilidades de estructuración.

El oficial de cumplimiento debe ser un órgano de la persona jurídica y, además, parece que la opción más adecuada es que éste se integre por varias personas, descartando la idea de un órgano supervisor unipersonal. La integración plural faculta la toma de decisiones de forma colegiada y, consecuentemente, de manera meditada y consensuada, tal como lo exige un órgano con las tareas como las que se atribuyen legalmente al oficial de cumplimiento. Se suma a esta ventaja la posibilidad de que un órgano colegiado pueda integrarse por especialistas de distintas áreas de la gestión (jurídica, auditoría, financiera, recursos humanos), abarcando un mayor y mejor conocimiento del negocio y de la empresa. Incluso, puede dar cabida en él a personas independientes, ajenas a la empresa, lo que puede garantizar mejor la independencia (Lascu-raín, 2014, pp. 302-306).

La dificultad se presenta cuando se intenta integrar al oficial de cumplimiento en la estructura interna de la persona jurídica, y aquí es cuando debemos precisar algunas cuestiones para intentar apenas aproximarnos a la dilucidación de esta problemática. Para el caso de personas jurídicas de *pequeñas dimensiones* —aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada—, el legislador de 2015 ha previsto en el apartado tercero del artículo 31 *bis* del Código Penal que las funciones de supervisión podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. Estas personas jurídicas son las que señala el artículo 258 del Real Decreto Legislativo 1 de 2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así, pues, en una empresa de pequeña dimensión, su órgano de administración será el encargado de supervisar el modelo de prevención de delitos fiscales adoptado por ella.

Por otro lado, cuando se articule un programa penal de cumplimiento en *sociedades cotizadas*, es de interés acudir al Código unificado de buen gobierno para ese tipo de entes, publicado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que establece lo siguiente:

Bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de una comisión especializada del consejo de administración, exista una función interna de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno de la sociedad que tenga atribuidas expresamente las siguientes funciones: a) Asegurar el buen funcionamiento de los sistemas de control y gestión de riesgos y, en particular, que se identifiquen, gestionan, y cuantifican adecuadamente todos los riesgos importantes que afecten a la sociedad; b) Participar activamente en la elaboración de la estrategia de riesgos y en las decisiones importantes sobre su gestión y c) Velar por que los sistemas de control y gestión de riesgos mitiguen los riesgos adecuadamente en el marco de la política definida por el consejo de administración.

Cuestión polémica es la implementación de un órgano con autonomía e iniciativa propia en *sociedades medianas*, que buscan actualizar o crear programas de prevención de delitos que les permitan beneficiarse nada más y nada menos que con la exención de su eventual responsabilidad penal. Creemos que puede considerarse un punto de partida las recomendaciones en materia de buen gobierno expuestas anteriormente y tratar de reproducirlas a escala

de la persona jurídica de que se trate. Del texto de la reforma se desprende que es esencial que el oficial de cumplimiento ejerza sus funciones de la forma más independiente posible. Por supuesto que, al ser un órgano de la persona jurídica, nunca podrá ser completamente autónomo pues habrá de ser nombrado por el órgano de administración que, por otro lado, está formado por los sujetos controlados por aquél.

En verdad, y mientras no exista un marco legal preciso sobre esta institución, no resulta fácil prever cómo evaluarán en sede judicial si el oficial de cumplimiento se somete o no a las condiciones mínimas requeridas por el legislador para que resulte procedente la exención de responsabilidad penal. Con todo, podemos apuntar una síntesis relativa al oficial de cumplimiento en lo que a nuestra materia se refiere: en los términos previstos por el legislador en el artículo 31 *bis* del Código Penal, una persona jurídica puede resultar exenta de su responsabilidad penal por la comisión de un delito fiscal siempre y cuando el modelo de organización y gestión haya sido adoptado y ejecutado, antes de la comisión del delito, por el órgano de administración y, además, siempre que la supervisión de su funcionamiento y cumplimiento se haya delegado en un órgano de la persona jurídica —conocido como *oficial de cumplimiento*— con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada la función legal de supervisar la eficacia de los controles internos.

Funciones y responsabilidad penal. El oficial de cumplimiento no es una figura definida por la legislación española, pero el legislador penal alude al mismo como el «órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la *función de supervisar* la eficacia de los *controles internos* de la persona jurídica». Aquel, además de ser responsable de cumplir con la conducta moral y ética aplicada por la empresa, deberá cumplir con las obligaciones legales que implican un riesgo de repercusión penal para la persona jurídica. Con base en este hilo argumental, y como sostienen Cuenca y Cabecerans (2015, pp. 65-73), los modelos de prevención de delitos regulados en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas demandan personas que conozcan la normativa garantiza-

dora de exacto cumplimiento en el funcionamiento interno de la empresa. La existencia y nombramiento como garantes del cumplimiento de la ley, al margen de no contar con un estatuto específico y una clara regulación, configura un deber legal. En este mismo sentido, Gallego (2014) afirmó lo siguiente:

El oficial de cumplimiento debe tener una formación acorde con el contenido de los riesgos que tiene que advertir, prevenir y frente a los que tiene que reaccionar. En lo que conozco, no existe una configuración legal general de cuáles son las competencias y deberes del cumplimiento; no existe un estatuto orgánico de esta figura, y ni tan siquiera la práctica nos muestra una actuación uniforme sobre cuál es la formación que tengan estos oficiales. Es precisamente la praxis la que nos dice que podemos encontrar en este puesto desde abogados (generalistas o especializados), hasta economistas y auditores, pasando por ingenieros, etc. (p. 217).

Una vez sentado lo anterior, y con especial referencia al delito de defraudación tributaria, el oficial de cumplimiento se encargará de la gestión de los riesgos fiscales en los que puede verse involucrada la persona jurídica, y será el responsable de informar e investigar todos los hechos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias de aquélla. Incluso, aquél debe reaccionar activamente con el fin de comprobar cualquier posible violación detectada o supuesta que pueda dar lugar a la comisión de un delito fiscal. En otras palabras, el oficial de cumplimiento debe trabajar con el objetivo de prevenir el delito fiscal, detectarlo y reaccionar frente al mismo (Carrión y Urquiza, 2015, p. 375). El oficial de cumplimiento deberá participar en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos fiscales, y asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control. Para ello, deberá contar con personal con los conocimientos suficientes en materia penal y tributaria (asesores fiscales, expertos en derecho penal tributario, tributaristas, etc.), disponer de los medios técnicos adecuados y tener acceso a los procesos internos, información necesaria y actividades de la entidad para garantizar una amplia cobertura de vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones tributarias correspondientes.

Por otro lado, la expresión «facultades de organización y control», que luce en el artículo 31 *bis*, 1 a), ha llevado a la FGE a entender que el oficial de

cumplimiento estaría incluido en este círculo de personas físicas que *trasponen* su responsabilidad a la persona jurídica. Es así que nos preguntamos: ¿quiénes tienen tales facultades de organización y control? ¿Solo los administradores o también los directivos? ¿Cualquier encargado, cualquier delegado con mando sobre otros? ¿Podría entenderse que también los asesores fiscales de una persona jurídica cuentan con dichas facultades? La Circular 1 de 2016, intenta dar luz a esta problemática, concluyendo que el primer apartado del artículo 31 *bis* del Código Penal —con relación a la alta dirección de la empresa— quedaría configurado por los siguientes sujetos: a. Los representantes legales; b. Quienes «actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica», lo que permite incluir a quienes, sin ser administradores ni representantes legales de la persona jurídica, integran órganos sociales con capacidad para tomar decisiones, así como a los apoderados singulares y a otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones. Y, c., quienes «ostentan facultades de organización y control», expresión que abarca un amplio abanico de cargos y mandos intermedios que tengan atribuidas tales facultades, entre ellas, las medidas de vigilancia y control para prevenir delitos.

A juicio de la FGE, esta nueva redacción amplía y define mejor la *posición de garante* en la empresa del oficial de cumplimiento, utiliza un lenguaje más adecuado a las categorías de imputación y establece con mayor precisión el hecho de conexión que genera la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo que permite —como consecuencia más relevante— incluir en la letra a) del artículo 31 *bis* 1 del Código Penal al propio oficial de cumplimiento. Además, la Circular 1 de 2016 señala:

El oficial de cumplimiento puede con su actuación delictiva transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica a través de la letra a) puesto que, como se ha dicho, está incluido entre las personas que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. Por otro lado, puede ser una de las personas de la letra a) que al omitir gravemente el control del subordinado permite la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. En este supuesto, la omisión puede llevarle a ser él mismo penalmente responsable del delito cometido por el subordinado. Finalmente, si el oficial de cumplimiento omite sus obligaciones de control, la persona jurídica en

ningún caso quedará exenta de responsabilidad penal (condición 4ª del art. 31 *bis* 2). De conformidad con este planteamiento, la exposición personal al riesgo penal del oficial de cumplimiento no es superior a la de otros directivos de la persona jurídica. Comparativamente, su mayor riesgo penal solo puede tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente dada su responsabilidad en relación con la gestión del canal de denuncias y siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación (p. 49).

De lo dicho hasta el momento se puede extraer la siguiente conclusión: el asesor fiscal que actúe como oficial de cumplimiento de un modelo de prevención puede con su actuación delictiva transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica a través de la letra a) del artículo 31 *bis* del Código Penal, puesto que —como se ha dicho— éste se encontraría incluido entre las personas que ostentan facultades de organización y control en el seno de la entidad (Lascuráin, 2014, p. 302). Además, y como se infiere del pasaje de la Circular transcrito, el asesor fiscal puede ser una de las personas de la letra a), que al omitir gravemente el control del subordinado permite la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. Ambas hipótesis son en la realidad perfectamente imaginables, y de precisar la responsabilidad penal de estos sujetos en los supuestos formulados, diríamos que el incumplimiento de sus deberes de supervisión y vigilancia los hace penalmente responsables por el delito cometido (Robles, 2013, p. 310; Dopico, 2013, pp. 211-230; Gutiérrez, 2015, *passim*).

Conclusiones

En virtud de lo dispuesto en el artículo 310 *bis* del Código Penal español, la persona jurídica puede responder criminalmente —y sin sustituir la responsabilidad correspondiente a las personas físicas mencionados en el artículo 31 *bis*, 1 a) del Código Penal— por la comisión de un delito fiscal, sistema de incriminación recogido en el artículo 31 *bis* del Código Penal.

El primer supuesto contemplado en el artículo 31 *bis* del Código Penal prevé que, para poder imputar un delito —*scil.* delito fiscal— a una persona jurídica, la conducta típica deberá haberse llevado a cabo por el representante legal, o por quien actuando individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica esté autorizado para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostente facultades de organización y control dentro de la misma, siempre y cuando el delito se cometa en nombre o por cuenta y en su beneficio directo o indirecto —*scil.*, persona jurídica—, lo que puede ser factible si la cuota defraudada se utiliza en las actividades propias de la entidad o bien si se transfiere al patrimonio de los socios.

El segundo supuesto, que se recoge en el apartado b) del artículo 31 *bis* del Código Penal, hace responsable a las personas jurídicas por el delito —*scil.*, delito fiscal— cometido por el subordinado (en la misma forma que lo dispone el supuesto primero) que haya podido realizar el comportamiento típico defraudatorio debido al incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de sus superiores.

El artículo 31 *bis* del Código Penal exime de responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando hayan implantado en su seno un modelo de prevención de delitos (*ex* artículo 31 *bis*, apartados 2, 3, 4 y 5 del Código Penal). Si el delito fiscal fuere cometido por los representantes legales, o por quienes actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la entidad estén autorizados para tomar decisiones en su nombre u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se constata lo siguiente: que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión de la defraudación, modelos de organización y gestión integrados por medidas de vigilancia y control para prevenir delitos contra la Hacienda o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento de aquellos modelos haya sido delegada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los mismos, órgano que, además, debe desempeñar de forma activa y suficiente

su propósito; y que los autores individuales hayan incurrido en el delito fiscal rehusando deliberadamente los modelos referidos.

Además, si los subordinados pudieron realizar —en ejercicio de actividades sociales, y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica— un delito fiscal por haberse incumplido gravemente por sus superiores los deberes de control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso, la entidad quedará exenta de responsabilidad si, antes de la ejecución del delito, adoptó y ejecutó eficazmente un modelo de organización y gestión que contemple medidas tendentes a prevenir defraudaciones tributarias o reducir significativamente el riesgo de su comisión, cuya supervisión de funcionamiento y de cumplimiento haya sido delegada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, o que tenga encomendada legalmente dicha tarea de vigilancia.

El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica regula en los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 31 *bis* del Código Penal la implantación y ejecución de un modelo de prevención de delitos, y señala sus contenidos mínimos. Deben formar parte de estos programas de cumplimiento —a fin de considerarse idóneos y eficaces— todas las medidas que demuestren que una persona jurídica intenta trazar una línea organizativa destinada a cumplir la ley y a desincentivar actuaciones al margen del comportamiento ético mínimo buscado por la entidad. Un modelo de prevención de delito de defraudación tributaria podría incorporar los elementos de control eficientes en el contexto concreto.

El oficial de cumplimiento se encarga de supervisar el funcionamiento y el cumplimiento de los programas penales de cumplimiento, por lo que su rol, sin duda, es importantísimo. Al margen de quién haya cometido el delito —representante legal, o quien actuando individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica esté autorizado para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostente facultades de organización y control dentro de la misma, o un subordinado—, el oficial de cumplimiento será un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de con-

trol, o que tenga encomendada legalmente la vigilancia de la eficacia de los modelos de prevención ejecutados en el seno de la persona jurídica.

El oficial de cumplimiento puede, con su actuación delictiva o con la omisión grave del control de los subordinados, transferir responsabilidad penal a la persona jurídica. Incluso, por omisión puede ser penalmente responsable del delito cometido por el subordinado. Asimismo, el asesor fiscal que actúe en el seno de una persona jurídica puede ostentar la calidad de oficial de cumplimiento, con facultades de organización y control, y con su comportamiento implicar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Referencias

- Adame, F. (2009). *Autoría y otras formas de participación en el delito fiscal. La responsabilidad penal de los administradores y los asesores fiscales*. Granada: Comares.
- Alapont, J. L. (2017). La primera imputación de un partido político en España *ex* artículo 31 bis del Código Penal, *Diario La Ley* (No. 9107). Recuperado de <http://laleydigital.laley.es>.
- Artaza, O. (2014). Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal. En S. Mir, M. Corcoy y V. Gómez (Dir.), J. C. Hortal y V. Valiente (Coord.). *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 231-272). Madrid: Edisofer.
- Bacigalupo, E. (2011). *Compliance y Derecho penal*. Navarra: Aranzadi.
- Calcina, A. (2014). *Criminal Compliance*. Hacia una cultura de programa *compliance* penal. En B. H. Atencio, U. Butrón y L. Chayña (Dir.), A. Calcina y L. R. Yanqui (Coord.). *Derecho penal & procesal penal. Delitos de crimen organizado y cuestiones actuales* (pp. 151-175). Lima: Grijley.
- Calvo, J. (2017). La responsabilidad penal de las personas jurídicas por delito fiscal, en *Quincena Fiscal*, 1-2, 63-116.
- Camacho, A. y Uría, A. (2015). El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código penal en los sistemas de *corporate compliance* de las personas jurídicas. *Diario La Ley*. Recuperado de <http://laleydigital.laley.es>.
- Caro, D. C. (2014). ¿Derecho penal en la era del “*compliance*”? En B. H. Atencio, U. Butrón y L. Chayña (Eds.), A. Calcina y L. R. Yanqui (Coord.). *Derecho penal & procesal penal. Delitos de crimen organizado y cuestiones actuales* (pp. 131-149). Lima: Grijley.

- Caro, D. C. y Reyna, L. M. (2016). *Derecho penal económico* (Tomo 1). Lima, Perú: Jurista Editores-Cedpe-Caro & Asociados.
- Carreras, O. B. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus implicaciones en el delito de defraudación tributaria (análisis crítico de las últimas reformas legislativas). *Crónica Tributaria*, 143, 57-80.
- Carrión, A. y Urquiza, G. (2015). La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial. Un breve análisis comparativo entre Alemania, Perú y Estados Unidos. En K. Ambos, D. C. Caro y E. Malarino (Coords.). *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y Derecho comparado* (pp. 371-401). Lima: Jurista Editores-Cedpal-Cedpe.
- Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010. Recuperado de <http://www.fiscal.es>.
- Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, sobre responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. Recuperado de <http://www.fiscal.es>.
- Cuenca, J. y Cabecerans, J. (2015). El *compliance officer* y los límites constitucionales de sus investigaciones. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, 65-73.
- De la Cuesta, J. L. (2013). Responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho español. En J. L. De la Cuesta (Ed.), N. J. De la Mata (Coord.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas* (1 Edición, pp. 49-102). Pamplona: Aranzadi.
- De la Mata, N. J., Bilbao, M. y Algorta, M. (noviembre de 2011). La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo. *La Ley Penal*. Recuperado de <http://laleydigital.laley.es>.
- Del Rosal, B. (01 de abril de 2016). Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado. *Diario La Ley*. Recuperado de <http://laleydigital.laley.es>.
- Dopico, J. (2013). Posición de garante del *compliance officer* por infracción del deber de control: una aproximación tópica. En L. Arroyo y A. Nieto (Eds.). *El Derecho penal económico en la era del compliance* (pp. 165-190). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Gallego, J. I. (2014). *Criminal Compliance* y proceso penal: reflexiones iniciales. En S. Mir, M. Corcoy, V. Gómez (Eds.), J. C. Hortal y V. Valiente (Coords.). *Responsabilidad de la empresa y compliance* (pp. 195-272). Madrid: Edisofer.

- García, C., Mestre, E. y Figuerola, C. (2015). *Lecciones de Derecho penal. Parte especial. Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia* (2ª ed.) [Según las reformas del Código penal de 2015]. Madrid: Edisofer.
- García, B. (2014). Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración pública. En A. Nieto y M. Maroto (Eds.). *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos* (pp. 43-59). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- García, B. (2015). *Whistleblowing* y canales institucionales de denuncias. En A. Nieto (Ed.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (pp. 206-220). Valencia: Tirant lo Blanch.
- García, M. A. (2016, nro. 2). Responsabilidad penal de las personas jurídicas el nuevo artículo 31 bis del Código Penal y su aplicación a los delitos ecológicos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2-22. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44058-responsabilidad-penal-personas-juridicas-nuevo-articulo-31-bis-del-codigo-penal-y-su>.
- Gil, M. S. (2018). Personas jurídicas versus entidades sin personalidad jurídica: análisis y revisión de la dimensión institucional que delimita la aplicación de los artículos 31 bis y 129 del código penal. *Revista General de Derecho Penal*, 29.
- Gómez, J. L. (2013). La persona jurídica acusada en el proceso penal español. En L. Arroyo (Ed.) y A. Nieto (Coord.). *El derecho penal económico en la era compliance* (pp. 43-62). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, C. (2006). *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*, Sevilla, España: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Gómez, C. (2010). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal, *Diario La Ley*. (No. 7534). Recuperado de <http://laleydigital.laley.es>.
- Gómez, V. (2011). Artículo 31 bis. En M. Corcoy y S. Mir (Ed.). *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010* (pp. 127-137). Valencia: Tirant lo Blanch.
- González, P. (2014). *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gutiérrez, E. (25 de noviembre de 2015). La figura del *compliance officer*. Algunas notas sobre su responsabilidad penal, *Diario La Ley*. Recuperado de <http://laleydigital.laley.es>.
- Hernández, L. (2013). El nuevo artículo 31 bis del Código penal: exigencias legales (explícitas e implícitas) que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica. En J. L. De la Cuesta (Ed.) y N. J. De la Mata (Coord.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 103-125). Pamplona, España: Aranzadi.

- Kuhlen, L. (2014). *Compliance y Derecho penal en Alemania*. En S. Mir, M. Corcoy y V. Gómez (Eds.), J. C. Hortal y V. Valiente (Coords.). *Responsabilidad de la empresa y compliance* (pp. 90-125). Madrid: Edisofer.
- Lascuráin, J. A. (2014). Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento). En S. Mir, M. Corcoy y V. Gómez (Eds.), J. C. Hortal y V. Valiente (Coords.). *Responsabilidad de la empresa y compliance* (pp. 301-336). Madrid: Edisofer.
- Lascuráin, J. A. (2015). La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. En A. Nieto (Ed.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (pp. 271-303). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lombardero, L. M. (2011). *Delitos contra la Hacienda Pública*. Barcelona: Bosch.
- Manzanares, J. L. (2015). *La reforma del Código penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 1/2015, de 30 de marzo*. Madrid: La Ley.
- Mir, S., Corcoy, M., y Gómez, V. (Eds.). *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Madrid: Edisofer.
- Nieto, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel.
- Nieto, A. (Ed.). (2015a). Código ético, evaluación de riesgos y formación. *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (pp. 135-163). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieto, A. (Ed.). (2015b). La institucionalización del sistema de cumplimiento. *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (pp. 187-204). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieto, A. (Ed.). (2015c). El cumplimiento normativo. *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (pp. 25-48). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieto, A. (Ed.). (2015d). El cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (pp. 50-109). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Peña, J. M. (2011). *Revisoría fiscal: una garantía para la empresa, la sociedad y el estado*. Bogotá: Ecoe.
- Polaino, M. y Polaino-Orts, M. (2013). Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales. En C. Roxin, M. Polaino y M. Polaino-Orts (Eds.). *Dogmática penal y Política criminal. Cuestiones fundamentales para el nuevo sistema de justicia penal*. (pp. 137-166). Lima: Ara.
- Polaino, M. (2016). *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (Tomo 2). Madrid: Tecnos.
- Ramírez, F. J. y Díez, A. (2015). El *compliance* en las organizaciones. Relación entre el *compliance* y otras áreas de la empresa. *Compliance y gobierno corporativo*. En C. A. Sáiz (Coord.). *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, (1 Ed., pp. 55-87). Navarra: Aranzadi.

- Regner, G. (2018), *Tone-at-the-top*: el apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia. En N. Durrieu y R. R. Saccani (Ed.). *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria* (pp. 211-216). Buenos Aires: La Ley.
- Reino de España. Circular 1 de 2016. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015. Fiscalía General del Estado, 22 de enero de 2016.
- Reino de España. Decisión marco 2004/68/JAI. (22 de diciembre de 2003). Relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Consejo de la Unión Europea.
- Reino de España. Decisión marco 2005/667/JAI. (12 de julio de 2005). Destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques. Consejo de la Unión Europea.
- Reino de España. Decreto Legislativo 1 de 2010. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE No. 161, 03 de julio de 2010.
- Reino de España. Ley 24 de 1988. Ley del Mercado de Valores, BOE No. 181.
- Reino de España. Ley Orgánica 10 de 1995. Código Penal Español. 23 de noviembre de 1995. BOE No. 281 del 24 de noviembre de 1995.
- Reino de España. Ley Orgánica 5 de 2010. Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE No. 152 del 23 de junio de 2010.
- Reino de España. Ley Orgánica 1 de 2015. Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE No. 77 del 30 de marzo de 2015.
- Reino de España. Sentencia 3974 (septiembre 2 de 2015). M.P. Marchena Gómez. Sala de lo Penal, Sección primera, Tribunal Supremo.
- Reino de España. Sentencia 600 (febrero 29 de 2016). M.P. Maza Martín. Sala de lo Penal, Sección primera, Tribunal Supremo.
- Reino de España. Sentencia 823 (marzo 16 de 2016). M.P. Marchena Gómez. Sala de lo Penal, Sección primera, Tribunal Supremo.
- Reino de España. Sentencia 2531 (junio 13 de 2016). M.P. Martínez Arrieta. Sala de lo Penal, Sección primera, Tribunal Supremo.
- Reyna, L. M. (2015). Implementación de los *compliance programs* y sus efectos en la exclusión de la responsabilidad penal de los sujetos obligados. En K. Ambos, D. C. Caro y E. Marlarino (Coords.). *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y Derecho comparado* (pp. 449-85). Lima: Jurista Editores-Cedpal-Cedpe.
- Robles, R. (2013). El responsable de cumplimiento («*Compliance Officer*») ante el Derecho penal. En J. M. Silva (Ed.), y R. Montaner (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (pp. 319-330). Barcelona: Atelier.

- Rodríguez, L. (20 de mayo de 2016), Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas. (Al hilo de las SSTs 514/2015 y 221/2016). *Diario La Ley*. Recuperado de <http://laleydigital.laley.es>.
- Rotsch, T. (2012). Criminal Compliance. *Revista para el análisis del Derecho*, 1, 1-11.
- Rotsch, T. (2015). Sobre las preguntas científicas y prácticas del *criminal compliance*. En J. Winter Etcheberry (Trad.), y D. C. Caro Coria (Ed.). *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa* (pp. 13-29). Lima: Cedpe.
- Ruggiero, R. A. (2015). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia. En M. Ontiveros Alonso (Ed.). *Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico* (pp. 459-511). Ciudad de México: Ubijus.
- Sáiz, C. A. (2015). Introducción. ¿Qué es el *compliance*? Claves para la comprensión de esta obra. Grandes confusiones sobre *compliance*. Futuro del *compliance*. La ISO 19600 de *compliance*. En C. A. Sáiz (Coord.). *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*. (1 Ed., pp. 33-54). Navarra: Aranzadi.
- Sanz, J. A. (2016). El derecho de las personas jurídicas a no autoinculparse por delito fiscal (reflexiones a raíz de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, y de las Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016 y 221/2016), *Diario La Ley* (No. 8738). Recuperado de <http://laleydigital.laley.es>.
- Seminara, S. (2014). *Compliance* y Derecho penal en Italia. En S. Mir, M. Corcoy y V. Gómez (Ed.), J. C. Hortal y V. Valiente (Coords.). *Responsabilidad de la empresa y compliance* (pp. 127-157). Madrid: Edisofer.
- Sieber, U. (2013). Programas de *compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, traducción por M. A. Abanto. En L. Arroyo y A. Nieto (Directores), *El Derecho penal económico en la era del compliance* (pp. 63-110). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Silva, J. M. (2016). *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, (2ª Ed). Madrid: Edisofer.
- Tiedemann, K. (2007). *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. M. Abanto (Trad.). Lima: Grijley.
- Villegas, M. A. (14 de marzo de 2016). Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 de febrero. *Diario La Ley*. Recuperado de <http://laleydigital.laley.es>.

III
Jurisprudencia

Los preacuerdos y el mal llamado allanamiento a cargos

*Miguel Lamadrid Luengas**

La aceptación unilateral de los cargos imputados es una de las manifestaciones de los preacuerdos y de las negociaciones introducidas en nuestro sistema procesal penal como componentes de la justicia negociada. Por ende, al ser considerado como una especie de acuerdo genera las mismas obligaciones de un acuerdo entre el procesado y la fiscalía, específicamente las establecidas en el artículo 349 de la ley 906 de 2004; por ello, en tales casos la rebaja punitiva no es automática y la cuantificación se debe hacer con base en diversos factores.

1. Apartes de la sentencia¹

Magistrado Ponente: JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

SP14496-2017. Radicación No. 39831.

(Aprobado acta No. 319).

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

* Abogado penalista en ejercicio, Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona y profesor de la Universidad Nacional de Colombia de la cual es egresado; miembro del grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas «Emiro Sandoval Huertas» de la Universidad Sergio Arboleda. Correo: miguelamadrid@gmail.com.

¹ Como apenas se transcriben apartes de la extensa sentencia, los pie de página que aparecen a continuación se compadecen con el texto aquí insertado y no con el orden en el cual aparecen en la providencia original.

VISTOS:

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de los acusados M. E. N. V, M. F. N. V., G. A. N. M. y M. A. G. A., así como por el apoderado de la Contraloría General de la República, reconocida como víctima en el presente asunto, contra el fallo anticipado de segunda instancia proferido por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

HECHOS:

«1.1.- Los hechos, a que se contrae la actuación, fueron reseñados por el Tribunal de la manera siguiente:

«Transmilenio obtuvo el diseño de un sistema de transporte masivo urbano para pasajeros en Bogotá, definiendo las fases en las que se desarrollaría, entre ellas, la número 3 que comprende la Boyacá, Calle 26 y Cras. 10ª y 7ª.

El Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), ente encargado de atender las obras de desarrollo urbanístico dentro del plan general de desarrollo y con base en el convenio interadministrativo 020 de 2001 que celebró con Transmilenio S.A. inició el trámite de licitación pública para adecuación de obras y mantenimiento de la malla vial de la fase III de Transmilenio. Para tales efectos celebró los siguientes contratos:

Contrato No. 137 de 2007 celebrado entre el IDU y la Unión Temporal Transvial, adjudicado con resolución del 26 de diciembre del citado año, tuvo por objeto para el sistema Transmilenio la adecuación de la calle 26 y posterior mantenimiento en el tramo entre la transversal 76 y la carrera 42B y el trayecto cuatro de la carrera 42B a la carrera 19. El valor de este contrato fue de \$315.580.224.330, adicionado el 28 de diciembre de 2008.

Para el contrato No. 137 el IDU entregó un anticipo de \$85.751.927.394 y según informe del C.T.I. de 27 de abril de 2010 el contratista Unión Temporal no destinó en la obra \$44.537.839.609 (registro 1.16.00 y ss. y 1:17:00 y ss.). Mediante resolución 889 de 26 de marzo de 2010 se declaró la ocurrencia del siniestro y se hizo efectiva la garantía otorgada con la póliza de seguro 000008696 expedida por Segurexpo de Colombia S.A.

La UT Transvial la conformaban Condux S.A., Tecnología de Ingeniería Avanzada S.A., Megaproyectos S.A., Maquinaria e Ingeniería, Construcciones Mainco S.A., Bitácora Soluciones y Cía. Ltda., Translogistic S.A., firma que cedió el contrato al Grupo Empresarial Vías de Bogotá —GEVB— el 3 de marzo de 2010, representada por Alberto Calderón Castaño. Las últimas cuatro empresas pertenecen al denominado «Grupo Nule», registran el 80% de la participación de la UT Transvial.

Los hermanos Miguel Eduardo y Manuel Nule Velilla y su primo Guido Alberto Nule Marino tenían el control conjunto de las citadas empresas, poder de decisión, unidad de propósito y dirección.

Contrato No. 071 de 2008 celebrado con la Unión Temporal G.T.M. para obras de conservación de la malla vial del Distrito Suroccidente. El valor inicial fue de \$87.398.750.260, la adición número uno se hizo por \$5.049.996.209 y la adición 2 por \$938 millones. Las diligencias dan cuenta de dos cesiones parciales, una de la Constructora INCA Ltda. de 30 de agosto de 2009 a favor de la Sociedad H&H Arquitectura S.A. por concepto de las ofertas mercantiles 017 y 018 de 16 de marzo de 2009 y otra cesión de 30 de abril de 2010 de TRANSLOGISTIC S.A. con la Sociedad H&H Arquitectura S.A. y el Grupo Franco y Obras y Proyectos S.L. Sucursal Colombia.

En el contrato No. 071 el IDU entregó el anticipo al contratista Unión Temporal GTM, representada legalmente por Mauricio Antonio Galofre Amín en calidad de contratista, del que según los informes del CTI números 596790 y 596792 de 1° de abril de 2011 se hizo un manejo inapropiado en cuantía de \$15.224.739.249, además MNV S.A., recibió anticipos de ofertas comerciales por \$1.058.450.944, \$530.000.000 y \$ 435.000.000, Gas Kapital recibió por ese mismo concepto \$447.250.000 y \$1.069.350.531.

La Unión Temporal GTM fue conformada por las empresas Grandi Lavory, Finicosit SPA, Translogistic S.A. y Constructora Inca Ltda.

Contrato No. 072 de 30 de diciembre de 2008 suscrito con la Unión Temporal Vías de Bogotá para obras de conservación de la malla vial del Distrito Sur por un valor de \$100.487.124.278. Mediante otro sí de 26 de abril de 2010 se hizo cesión del contrato al Consorcio Vías del Distrito conformada por Constructora INCA Ltda. y Ortiz Construcciones y Proyectos S.A.

En el contrato No. 072 de 30 de diciembre de 2008 se encuentra por justificar un anticipo recibido por GEOS CONSULTING por \$2.503.987.620, Tecníciviles por \$1.118.084.352, Gas Kapital por \$600.000.000 y Rodríguez Londoño por valor de \$851.956.802. El representante legal fue JORGE LUIS BETÍN RODRÍGUEZ, quien otorgó poder para firmar el contrato a LIDA FERNANDA GÓMEZ VANEGAS.

La Unión Temporal Vías de Bogotá está integrada por las empresas Costco Ingeniería LTDA., Bitácora Soluciones Cía. Ltda. y Carena Spa. Empresa Di Construzioni.

La interventoría se hizo con base en los contratos 093 a cargo del Consorcio Pro 3 (para el contrato 071), el 091 a favor de TMK (para el contrato 072) y el 174 de 2007 para el convenio 137.

Se adujo por la Fiscalía que las propuestas para los contratos 137, 071 y 072 se soportaron con documentos falsos al alterar los balances y el patrimonio de Tecnología e Ingeniería Avanzada S.A. y la Empresa Piazza, se cambiaron los estados financieros de Carena SPA Empresa Di Construzioni y se entregaron dádivas en dinero a funcionarios para obtener la adjudicación.

Miguel Eduardo, Manuel Francisco y Guido Alberto, tenían el manejo, coordinación, poder de decisión, dirección y unidad de propósitos económicos y registraban una importante sus-

cripción en las UT y Consorcios, como las UT TRANSVIAL, UT GTM y consorcio Vías de Bogotá, estas compañías entre sí realizaban contratos de mutuo, negocios jurídicos, se facilitaban avales y préstamos para cumplir obligaciones financieras y así cubrir las operaciones y diversificar riesgos. Aquéllos tenían el control de las empresas MNV S.A., GAS KAPITAL S.A., CAPITAL ENERGY LTDA., AGUAS KAPITAL BOGOTÁ SA-ESP, entre otras, así se declaró en la resolución 126-007070 de julio 8 de 2010 de la Supersociedades.

Se sostiene por el ente acusador que G. A. tenía dirección, manejo, coordinación y disposición de las compañías que integran en un alto porcentaje la UT GTM, Consorcio Vías de Bogotá, Consorcio Pro 3 y en los contratos 071 y 072, quien participó en las operaciones ejecutadas en las diversas empresas para el éxito del plan trazado con los N. según se dijo en el párrafo anterior. Aquél a diferencia de los demás coautores aparece como contratista y representante en los contratos 071 y de interventoría 093 en la Empresa Pro 3.

Se invoca por la Fiscalía como soportes de sus aseveraciones en relación con los contratos aludidos, las ampliaciones de los interrogatorios de Miguel Eduardo, Manuel Francisco y Guido Alberto Nule, Mauricio Antonio Galofre, Francisco Rafael Hernández, el informe de Supersociedades de abril 27 de 2010, de la Ingeniera Marta Patricia Restrepo, Wilson Galeano y la abogada Ivonne Brito Ramírez, los informes del CTI números 596826 de marzo 31 de 2011, DE 27 DE ABRIL DE 2010 (SIC).

La imputación la realizó el fiscal delegado por un concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación agravado por la cuantía, en calidad de intervinientes²; en concurso heterogéneo con fraude procesal, concierto para delinquir, cohecho por dar u ofrecer y falsedad en documento privado todos ellos en calidad de coautores.

A excepción del delito de concierto para delinquir, en las demás conductas se imputaron las circunstancias de mayor punibilidad definidas en los artículos 58.9³ y 58.10⁴, así como la de menor punibilidad de que trata el artículo 55.1⁵ del C.P.

² Art. 30 de la Ley 599 de 2000. Inc. 3º: «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».

³ «La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder o ministerio», esta circunstancia no se imputó a M. A. G. A., pero sí a los otros tres implicados (Cfr. Fl. 94 Carpeta 1).

⁴ «Obrar en coparticipación criminal». Esta circunstancia se imputó a todos los indiciados (Cfr. Fl. 94 Carpeta 1).

⁵ «La carencia de antecedentes penales» se dedujo de todos los imputados (Cfr. Fl. 94 Carpeta 1).

En la audiencia de formulación de imputación llevada a cabo el 8 de abril de 2011, todos los imputados, con la asistencia y en presencia de la delegada del Ministerio Público y de sus respectivos defensores, aceptaron su responsabilidad penal como intervinientes pero únicamente por el concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación agravado, por lo que se generó la ruptura procesal para la continuación del trámite ordinario respecto de éstas.

Luego de verificada la aceptación el juez de control de garantías aprobó el allanamiento. En la sesión del 11 de abril de 2011, a solicitud de la Fiscalía, dicho juez les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

Posteriormente, el 3 de agosto de 2011, el Juez 38 Penal del Circuito de Conocimiento verificó de nuevo la legalidad del allanamiento, le impartió aprobación y corrió los traslados correspondientes previstos en el artículo 447 CPP para la individualización de la pena.

Finalmente el 15 de diciembre de 2011 el Juez 38 Penal del Circuito de Conocimiento dictó sentencia de primer grado, en la cual, tras reconocer la concurrencia de las circunstancias genéricas de menor punibilidad previstas los numerales 1^{o6} y 7^{o7} del artículo 55 del C.P. y declarar la inaplicabilidad al caso de las circunstancias de mayor punibilidad de que tratan los numerales 9^o y 10^o del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, condenó a los acusados M. E. N. V., M. F. N. V., y G. A. N. M. y M. A. G. A. a las penas principales de 90 meses de prisión y multa en cuantía de \$10.042'.500.000.00, como intervinientes penalmente responsables del concurso de delitos de peculado por apropiación.

Condenó asimismo al acusado M. A. G. A., a las penas principales de 72 meses de prisión y multa en cuantía de \$8.230.073.944.00, como interviniente responsable del delito de peculado por apropiación, cometido en concurso.

A todos los acusados les impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad fijada para cada uno de ellos. Y no les concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

Contra este fallo, la Contraloría y el IDU, en condición de víctimas reconocidas en la actuación, y los defensores de los acusados, interpusieron el recurso de apelación.

El Tribunal Superior de Bogotá D.C., mediante sentencia de segunda instancia de 1^o de junio de 2012, confirmó parcialmente el fallo recurrido, dado que lo modificó para incluir como circunstancia de menor punibilidad a favor de los acusados la colaboración de éstos con la justicia, de conformidad con lo previsto por el artículo 55.10 del CP., y las de

⁶ «La carencia de antecedentes penales».

⁷ «Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros».

mayor punibilidad de que tratan los numerales 9° y 10° del artículo 58 del P.P., referidas a la posición distinguida que los acusados ocupan en la sociedad, y el haber obrado en coparticipación criminal, con la aclaración que con respecto a G.A. no opera la citada agravante del numeral 9°, y, tras advertir que dada la concurrencia simultánea de circunstancias de menor y de mayor punibilidad, lo procedente para individualizar la pena es ubicarse en los cuartos medios, que para el caso oscilan entre 3.899 y 7.374 días de prisión, en tal sentido, decidió condenar a los acusados M. E. N. V., M. F. N. V. y G. A. N. M. a 14 años, 11 meses y 15 días de prisión. Asimismo, condenó a M. A. G. A. a la pena de 10 años y 6 meses de prisión.

De igual modo, resolvió *«condenar con el carácter de pena principal y a perpetuidad a la inhabilitación del ejercicio de funciones públicas y a celebrar contratos de manera directa o por interpuesta persona con el Estado a M. E. N. V., M. F. N. V., G. A. N. M. y M. A. G. A., e igualmente se les inhabilita para el ejercicio de derechos públicos por un lapso igual al que les correspondió por pena privativa de la libertad»*.

Finalmente mantuvo las demás decisiones del a-quo.

Contra la sentencia de segunda instancia, tanto el defensor de los acusados M. E. N. V., M. F. N. V., G. A. N. M. y M. A. G. A., como el apoderado de la Contraloría General de la República, interpusieron recurso extraordinario de casación.

1. La demanda de Casación de la defensa de los condenados.

Postuló cuatro cargos contra la sentencia del Tribunal:

El cargo único principal, lo postuló con fundamento en la causal segunda de casación, al considerar que la sentencia de segunda instancia fue proferida dentro de un proceso viciado de nulidad, por lo que solicita se decrete la ineficacia de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación, en particular. Considera que se realizó una imputación fáctica de manera vaga, imprecisa y poco circunstanciada, en contra de lo dispuesto por la Sala de Casación Penal en reiteradas decisiones.

Un primer cargo subsidiario, concretamente con el caso de M. E. N. V., en el que, también con fundamento en la causal segunda, demandó la sentencia de segunda instancia por haberse proferido en un proceso viciado de nulidad, toda vez que el Tribunal Superior de Bogotá no aceptó la retractación de su representado y confirmó parcialmente la decisión de primera instancia. Según el casacionista M. E. N. V., hizo una aceptación de cargos condicionada ya que aceptó los cargos pero no aceptó ni la cuantía ni el monto señalado por la Fiscalía.

Un segundo cargo subsidiario, formulado con fundamento en la causal primera, donde acusó a la sentencia de segunda instancia de haber violado garantías fundamentales por interpretar erróneamente el artículo 293 del C.P.P., al considerar que no es viable la retractación al allanamiento en la audiencia de verificación, lo que conllevó a la indebida aplicación de los numerales 9° y 10° del artículo 58 del Código Penal.

Sostuvo que en la audiencia de formulación de imputación, la Fiscalía formuló cargos por el delito de peculado por apropiación sin incluir las circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 9° y 10° del artículo 58 del Código Penal.

Un tercer cargo subsidiario hace relación a la falta de aplicación del artículo 401 del C.P. por cuanto la sentencia desconoció el reintegro de los valores de los anticipos en los contratos en los cuales se dijo que hubo un mal manejo.

Precisó que se dejó de aplicar el artículo 401 del Código Penal, toda vez que habiéndose reintegrado lo apropiado, esto es configurado el supuesto de hecho de la norma en comento, a los procesados se les ha debido reconocer la consecuencia jurídica allí prevista.

Consideró que el artículo 401 del CP, establece que ese reintegro puede llevarse a cabo de manera directa o por un tercero, lo que indica sin lugar a dudas, que opera independientemente de que exista un contrato con una compañía de seguros y la compañía de seguros haga el pago, pues la compañía de seguros, es un tercero que ha hecho el pago.

2. La demanda de Casación del apoderado de la Contraloría General de la República.

Por su parte el apoderado de la Contraloría General de la República, en su condición de víctima reconocida en el proceso, con base en la causal primera de casación, presentó demanda de casación contra la sentencia de segunda instancia por violación directa de la ley, al haber realizado una interpretación errónea del artículo 351 de La Ley 906 de 2004. Sostuvo que en la tasación de la pena se debió tener en cuenta la conducta posdelictual para que pudieran obtener ese 50%, pues si bien es cierto la valoración de dicho comportamiento se halla dentro de la discrecionalidad de los jueces, está regida por unos parámetros, al punto que esa conducta debe reflejar el arrepentimiento, la intención de dejar las cosas tal como estaban antes del delito. Sin embargo a la fecha de la audiencia no ha habido un reintegro voluntario de las sumas apropiadas, por lo que a su modo de ver en la sentencia se está otorgando un 50% de rebaja en la pena de la cual no se hacen merecedores los señores M. E. N. V., M. F. N. V., G. A. N. M. y M. A. G. A.

Consideró que las decisiones de los juzgadores desconocen el artículo 4° del Código Penal, en cuanto la rebaja de pena no ha debido ser del 50% sino de una proporción menor, acorde con la magnitud del daño ocasionado.

Solicitó en consecuencia a la Corte que case parcialmente la sentencia, en cuanto a la concesión de la rebaja de pena del 50% de la pena imponible y adecuar a lo dispuesto por los artículos 351 del C.P.P. y 4 del C.P.

3. Los no recurrentes

3.1. El Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

Como sujeto procesal no recurrente, en relación con la demanda de casación de la defensa, consideró que:

– El Fiscal Segundo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, presentó una imputación concreta, expresa, clara, precisa y circunstanciada. Luego de revisar los audios de la audiencia de formulación de imputación concluyó que en la formulación de imputación la Fiscalía realizó un análisis y un control riguroso, pues a cada uno de los imputados se le comunicaron los cargos, se le informó la conducta representativa del verbo rector apropiar, a pesar de que no se expuso específicamente dicho verbo.

– La Fiscalía hizo explicación clara sobre la cuantía de cada uno de los tres peculados imputados e incluso mencionó el informe de Policía Judicial del CTI y la calidad de interviniente en cada uno de ellos.

– Por ende no existió ningún tipo de nulidad en cuanto a la sentencia impugnada ya que no vulneró el debido proceso ni el derecho a la defensa, porque adecuadamente se presentaron los cargos y se tuvo como válida la formulación de imputación presentada para cada uno de los imputados.

– Sobre el primer cargo subsidiario estimó que esos condicionamientos sobre el monto o sobre las condiciones, fueron subsanados finalmente cuando el juez le informó que la aceptación era pura y simple, que la aceptación era libre, consciente y voluntaria, y de esta forma finalmente terminó la audiencia con aceptación de cargos. Agrega que la defensa en ningún momento presentó algún tipo de reclamación sobre ese allanamiento a cargos. Por lo anterior, consideró la Fiscalía que este cargo tampoco está llamado a prosperar.

– Frente al segundo cargo subsidiario postulado en la demanda, de igual modo la Fiscalía consideró que la imputación fue clara, concreta, comprensible y válida.

– Con relación al tercer cargo subsidiario consideró que: «...el pago hecho por la compañía de seguros Segurexpo no tiene la capacidad de considerarse como reintegro del delito de peculado, pues este pago no deviene de la voluntad reparadora del sujeto activo de la conducta punible, sino del contrato comercial de seguros, que en ningún caso podría considerarse está amparando la apropiación ilícita del monto del anticipo como conducta punible, pues de ser así el mismo contrato de seguros tendría un objeto ilícito en la medida en que estaría amparando la comisión de un delito por parte del propio autor o sujeto activo».

En relación con la demanda presentada por el apoderado de la Contraloría General de la República, víctima reconocida en el proceso, el Fiscal Delegado consideró que la misma debe desestimarse así como su pretensión ya que en su opinión hubo una interpretación ajustada del artículo 351 del CPP, según la cual el allanamiento a cargos no está ligado a la reparación y la rebaja de hasta el 50% está ligada exclusivamente a evitar el desgaste judicial innecesario. Añadió que en este caso los procesados acudieron a la primera audiencia de imputación e inmediatamente se allanaron a cargos en esa audiencia, permitiendo una condena en una forma rápida por lo cual no existía ningún motivo para no otorgarle una rebaja de pena en el monto así fijado.

3.2. La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal.

Señaló que actuaba exclusivamente en aras de defender el orden jurídico y las garantías fundamentales de las partes o intervinientes.

En relación con la demanda de casación de la defensa, consideró que:

– En primer lugar, que la aceptación se debe expresar de manera informada, es decir, frente a unos cargos concretos y con respecto a hechos jurídicamente relevantes.

– En segundo término, consideró que la aceptación de esos cargos por el imputado debe ser pura y simple.

– En tercer lugar, estimó que la imputación fáctica determina el marco para la imputación jurídica y las consecuencias punitivas.

– En cuarto lugar señaló que el Fiscal entregó a los defensores, a las víctimas y a los imputados, los informes del CTI efectuados por peritos contables, en los cuales se establecían claramente los montos de cada uno de los peculados, a pesar de que la ley no se lo exigiese de manera particular. Y dicho informe pudo ser examinado dado el largo receso que tuvieron los imputados para determinar si se allanaban o no, por lo que no es posible afirmar vaguedad en la imputación.

– En quinto lugar consideró que existía claridad en las premisas fácticas y en las jurídicas, de modo que no existió una indeterminación tal que diera lugar a que los imputados incurrieran en error sobre los elementos esenciales de las conductas aceptadas, pues ellos supieron claramente, por haberles sido así endilgados, que admitían el manejo ilegal de los dineros producto de los anticipos.

– En sexto lugar señaló que los imputados sabían cuál era el monto de los anticipos irregularmente manejados, que estos montos excedían con creces los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como el monto máximo para la multa.

– Consideró que en relación con la retractación, en virtud del principio de preclusividad, es deber del procesado exponer fundadamente las razones de dicha retractación posterior, toda vez que no resulta posible la retractación sin justificación alguna en tanto menoscaba la eficacia del procedimiento en detrimento de la administración de justicia y con violación de la lealtad con que deben actuar las partes en el proceso. Si su primera manifestación en la audiencia de formulación de imputación se hizo de manera pura, simple, informada, y debidamente asesorado por su defensor, no había lugar a retractación de la misma.

– Por su parte en relación con el pago de las pólizas tomadas para el manejo de los anticipos contractuales ante la ocurrencia del riesgo asegurado, consideró que no obedece a una actitud voluntaria de los autores de la conducta punible para aminorar o resarcir el daño causado, sino dichos pagos obedecen a previsiones del legislador para asegurar, frente

a eventuales malos manejos de fondos públicos involucrados en los contratos, la suscripción de dichas pólizas.

En relación con la demanda de casación de la Contraloría, consideró que:

– No se puede hacer del proceso penal un instrumento de retaliación contra los procesados, ni se puede subrogar una entidad las facultades que tiene el depositario de la acción penal, que es la Fiscalía, así se estén defendiendo fondos del erario.

– El casacionista dejó de considerar otros factores para efectos de la rebaja, como el ahorro del proceso penal, la presentación personal de los imputados ante la justicia, regresando incluso de un país que no tiene establecida extradición para sus nacionales y la aceptación de responsabilidad desde el momento de la formulación de imputación, factores que deben ser igualmente valorados a efecto de establecer el descuento.

– Añadió que resulta contrario a los intereses de una solución negociada de los procesos penales propios del sistema acusatorio, que se desestimulen los preacuerdos o las aceptaciones voluntarias de responsabilidad, vía allanamiento a cargos, con una tendencia a disminuir los beneficios otorgados por la Ley para este tipo de casos.

3.3. El apoderado del IDU

El Apoderado del IDU como víctima reconocida coadyuvó la demanda presentada por la Contraloría General de la República, y en cuanto a la demanda presentada por la defensa, se remitió a los alegatos profundos que en extenso ya se habían hecho.

[...] CONSIDERACIONES DE LA CORTE

2.1.- Del defensor de los acusados M. E. N. V., M. F. N. V., G. A. N. M. y M. A. G. A.

2.1.1.- Primer cargo principal. Nulidad por imprecisión en la formulación de imputación. [...] [La Corte señala que] la ley procesal ha previsto al menos dos tipos específicos de proceso: uno ordinario que comporta el adelantamiento de la totalidad de las fases de investigación, imputación, acusación, juicio oral, sentencia y ejecución; y el otro, de índole abreviada, fundado en la renuncia voluntaria, debidamente informada y con asistencia de un defensor, por parte del imputado o acusado, al derecho de no autoincriminarse y al de tener un juicio público, oral contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pudiera, personalmente o por conducto de su defensor, hacer comparecer e interrogar a los testigos y peritos de cargo y de descargo, ello, con la finalidad de aceptar su responsabilidad penal en la conducta delictiva a él imputada a cambio de una sustancial rebaja en la pena que habría de corresponderle para el caso de ser hallado penalmente responsable a la culminación ordinaria del juicio oral.

De esta suerte, si la decisión del indiciado es admitir libre y voluntariamente su responsabilidad penal en la realización de la conducta jurídicamente relevante que se le ha

puesto de presente en la audiencia de formulación de imputación, indispensable resulta que la misma se lleve a cabo ante el juez de control de garantías. [...] [La formulación de la imputación debe] incluir clara y precisamente información suficientemente ilustrativa con respecto al cómo, cuándo, dónde y quiénes llevaron a cabo, comportamientos jurídica y penalmente relevantes, y las razones por las cuales de los elementos materiales probatorios recaudados, de la evidencia física recogida o de la información legalmente obtenida, se infiere razonablemente que el destinatario de la imputación es autor o partícipe de la conducta típica, reprochable y punible que se investiga.

En el presente caso, observa la Corte que, conforme es puesto de presente por la Fiscalía y la delegada del Ministerio Público, ningún menoscabo al debido proceso, el derecho de defensa u otra garantía fundamental pudo haberse presentado en la audiencia de formulación de imputación.

De la revisión de los registros se concluye que a la audiencia de formulación de imputación llevada a cabo ante el Juez de Control de Garantías, comparecieron personalmente los indiciados M. E. N. V., M. F. N. V., G. A. N. M. y M. A. G. A., quienes en todo momento estuvieron asistidos y asesorados profesionalmente por sus defensores de confianza, a cuya audiencia también compareció el Ministerio Público, ninguno de los cuales presentó objeción o dejó constancia alguna de haberse transgredido el debido proceso, el derecho de defensa u otra garantía fundamental. [...] Después de formulada la imputación, el juez leyó el catálogo de derechos que asistían a los imputados a partir de ese momento, así como las consecuencias jurídicas de dicha actuación, y a petición de uno de ellos, decretó un receso para dialogar con su defensor, el cual se prolongó hasta el día siguiente, en cuya sesión, el Juez de garantías interrogó a los imputados si se allanaban a los cargos que les fueron formulados y de viva voz cada uno de ellos manifestó aceptar libre y voluntariamente su responsabilidad penal en el concurso de delitos de peculado materia de imputación, mas no así con relación a las demás conductas materia de investigación.

El Juez de garantías verificó la legalidad del allanamiento a cargos, y le impartió la correspondiente aprobación. [...] El Juez preguntó al Fiscal si podía precisar el monto del peculado, esto de ninguna manera significa que en la audiencia de formulación de imputación el Fiscal hubiere incurrido en alguna irritualidad con capacidad de viciar la legalidad de la actuación, toda vez que ya había precisado que la apropiación indebida de los recursos oficiales se presentó con relación a los dineros entregados como anticipo por la administración municipal a través del IDU en desarrollo de los contratos de obra pública celebrados materia de investigación y que no fueron invertidos en la ejecución de las obras contratadas, agregando que se trataba además de un concurso de delitos de peculado por razón de cada uno de los anticipos entregados en cada contrato, por lo que no resultaba jurídicamente procedente entrar a totalizar el monto de todos ellos y, de otra parte, el fiscal fue expreso en indicar, que en todo caso cada una de las apropiaciones excedió los 200 salarios mínimos le-

gales mensuales vigentes, siendo esto lo realmente importante para efectos de la calificación jurídica de la conducta por razón de la cuantía.

Si bien también resulta claro que el Fiscal no fue muy técnico al momento de expresar en palabras las cuantías a que hizo alusión en la audiencia de formulación de imputación, es lo cierto que dicha situación carece de la entidad que el casacionista pretende atribuirle, toda vez que las cifras aparecen concretamente consignadas en los informes de los investigadores del CTI y demás documentos de que se sirvió el Fiscal para fundamentar la imputación, los cuales, y sin que fuera estrictamente necesario, fueron puestos a disposición de la defensa y demás intervinientes en la audiencia, de suerte que ninguna ambigüedad pudo haberse presentado. [...] Al parecer, la inconformidad del casacionista radica en el hecho de que en la audiencia de imputación hubieren intervenido los apoderados de las víctimas reconocidas como tales al comienzo de la diligencia, y que a instancias de ellos el fiscal hubiere accedido a incluir en la imputación las circunstancias de mayor punibilidad relativas al haber actuado en coparticipación criminal y la posición distinguida que los indiciados ocupan en la sociedad, pero no explica la razón o razones por las cuales los apoderados no podían hacer dicha solicitud ni se toma el trabajo de recordar que fue precisamente a instancias del apoderado de la víctima que la Fiscalía reconoció la aplicación al caso de la circunstancia de menor punibilidad relacionada con la carencia de antecedentes penales y no accedió a imputar la causal del numeral 1° del artículo 58 del Código Penal, según la cual constituye motivo de mayor intensidad punitiva el ejecutar la conducta sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común.

Olvida el recurrente, de una parte, que la intervención de las víctimas en la audiencia de formulación de imputación sólo tiene sentido si se les respeta el derecho a ser oídas después de haber acreditado el interés que les asiste en razón de los perjuicios ocasionados con la conducta delictiva, que el artículo 137 de la Ley 906 de 2004 faculta a la víctima para intervenir en todas las fases de la actuación penal, y que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-209 de 2007, amplió su radio de acción para otorgarle incluso la misma facultad que la fiscalía ostenta, en torno a la solicitud de imposición de medidas de aseguramiento como en tal sentido ha sido declarado por la Corte CSJ AP2424-2016, Abr. 20 de 2017, Rad. 47223. [...] [L]o cierto del caso es que finalmente en el presente evento la imputación la formuló el fiscal y fue el fiscal quien en el curso de la audiencia hizo las correcciones y adiciones que estimó procedentes de acuerdo con las inferencias realizadas a partir de los medios recaudados y las manifestaciones de los apoderados de los intervinientes en la actuación.

[E]n total acuerdo con lo expresado sobre dicho particular por la señora Procuradora y el Fiscal Delegado en la audiencia de sustentación del recurso extraordinario, el cargo, en consecuencia, no prospera.

2.1.2.- Primer cargo subsidiario. Nulidad del allanamiento a cargos por parte de M. E. N. V.

[...] [Para la Corte] el error del recurrente radica en considerar que la audiencia de formulación de imputación, el allanamiento a cargos y la aprobación del mismo, no se surtió íntegramente y con la plenitud de las formalidades legales ante el Juez Cuarto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Bogotá, sino que no solo la imputación sino el allanamiento a cargos y su aprobación, se repitieron ante el Juez 38 Penal del Circuito de conocimiento, también de Bogotá.

Al respecto la doctrina y la jurisprudencia penal han entendido que la limitación al derecho a controvertir los aspectos aceptados o concertados con la Fiscalía, se erige en garantía de seriedad del acto consensual y expresión del deber de lealtad que debe guiar las actuaciones de quienes intervienen en el proceso penal, única manera de que el sistema pueda ser operable, pues de permitirse que el implicado continúe discutiendo *ad infinitum* su responsabilidad penal, no obstante haber aceptado los cargos imputados, el propósito político criminal que justifica el sistema de lograr una rápida y eficaz administración de justicia a través de los acuerdos, y de obtener ahorros en las funciones de investigación y juzgamiento, se tornaría irrealizable.

La Corte ha indicado que la limitación a la posibilidad de discutir o controvertir los términos de las aceptaciones o acuerdos, ha sido normativamente regulada por la ley a través de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado principio de irrevocabilidad⁸, que comporta, precisamente, la prohibición de desconocer el convenio realizado, ya en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de deshacer el convenio, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido que *«una vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo*

⁸ Artículo 37 B numeral 4º del Decreto 2700 de 1991, artículo 40 de la Ley 600 de 2000 y 293 de la ley 906 de 2004. Esta última disposición, modificada por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, según la cual: «Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al juez de conocimiento. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para individualización de la pena y sentencia. /Parágrafo. La retractación por parte de los imputados que acepten los cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de éstos que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales» (negrillas no originales).

de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia»⁹.

Tiene señalado la Corte que la aceptación o el acuerdo no solo son vinculantes para la fiscalía y el imputado; también lo son para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo aceptado por el acusado o lo convenido entre las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario. [...] [Por ende] no resulta posible la retractación pura y simple en orden a retrotraer el trámite, sino la solicitud de declaratoria de ineficacia de lo aceptado o convenido, previa invocación y demostración que la aceptación de cargos o el acuerdo con la Fiscalía no se realizó de manera libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y con la asistencia de un defensor, sino que, por el contrario, se presentaron vicios en el consentimiento o hubo violación de garantías fundamentales.

En tal orden de ideas, ha de entenderse que el párrafo a que se alude en el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, lo único que hace es precisar que por excepción, una vez aprobado por el juez de garantías o el de conocimiento, el allanamiento a cargos o el acuerdo celebrado entre Fiscalía e imputado, no procede la retractación sino la solicitud de nulidad de lo aceptado o acordado con la Fiscalía, y que su prosperidad sería viable solo en la medida que el interesado acredite en las instancias ordinarias del trámite procesal, o en sede del recurso extraordinario de casación, que la determinación del imputado o acusado, estuvo viciada o que hubo transgresión de sus derechos fundamentales.

[...] [L]a Corte ha sido enfática en sostener que la intervención del Juez de Control de Garantías, o el de Conocimiento, en los casos de allanamiento a cargos, según el momento procesal en que éste se presente, no se limita a la verificación de aspectos formales con miras al proferimiento de un fallo de condena, sino que su función también implica la posibilidad de improbar aquellas manifestaciones de culpabilidad que conlleven o sean resultado de la transgresión de derechos y garantías fundamentales del procesado, es claro que esta no es la situación que concurre en el presente caso. [...] Entonces, ante la sinrazón de la protesta, el cargo no puede prosperar.

2.1.3.- Segundo Cargo Subsidiario. Violación directa de la ley por interpretación errónea del artículo 293 del C.P.P.

[...] [L]a retractación no resulta posible en el lapso que hay entre la manifestación de aceptar libre y voluntariamente los cargos imputados por la Fiscalía, su aprobación por el

⁹ Sentencia C-1195 de 2005.

juez de Control de Garantías, y la formulación de acusación con base en el allanamiento a cargos ante el juez de conocimiento, pues el allanamiento a cargos no solo resulta vinculante para el imputado y el fiscal, sino para el Juez de Conocimiento quien no tiene más alternativa que proceder a dictar la sentencia de condena, de conformidad con lo admitido por el acusado, salvo que observe violación de garantías fundamentales y se acredite que el allanamiento no fue libre, voluntario, o debidamente informado.

En este caso, bajo el errado entendimiento de que la audiencia ante el juez de conocimiento tenía por objeto verificar de nuevo la legalidad del allanamiento ya declarado por el Juez de Garantías y no la de presentar por parte de la Fiscalía la imputación y su aceptación a manera de acusación, y por parte del Juez el anunciar el sentido del fallo, individualizar la pena y dictar la sentencia correspondiente, después de que el juez le solicitara al nuevo fiscal que procediera a precisar los cargos objeto de allanamiento, dicho funcionario, luego de precisar que la Fiscalía les imputó a los acusados el concurso de delitos de peculado por apropiación agravado por la cuantía, contrariando los términos de la imputación y su aceptación ante el Juez d[e] Garantías, erradamente manifestó que la Fiscalía no les atribuyó circunstancias de mayor punibilidad y sí la referida a la menor punibilidad por carecer de antecedentes penales, situación aprovechada por la defensa para reabrir el debate no solo en torno a dicho particular aspecto, sino también con respecto a la cuantía de la apropiación, y la diminuyente punitiva por reintegro de lo apropiado, sin tener en cuenta que la audiencia de individualización de pena y sentencia no es manera alguna una audiencia de imputación ni se equipara con ésta, no solo en relación con su objeto y finalidades, sino con respecto al funcionario que por mandato legal debe llevarla a cabo.

De ahí la impropiedad del demandante al sostener que sus representados aceptaron la responsabilidad penal a título de intervinientes del concurso de delitos de peculado por apropiación sin circunstancias de mayor punibilidad pero sí la de menor punibilidad relativa a la carencia de antecedentes penales, cuando lo cierto es que las manifestaciones realizadas al comienzo de la audiencia ante el juez de conocimiento por parte del fiscal, la defensa y los apoderados de las víctimas, ninguna incidencia podían tener con respecto a los términos de la imputación y el allanamiento a cargos realizado ante el Juez de control de Garantías y aprobado por éste, menos aún, si ninguna de las partes intervinientes puso en tela de juicio la validez de lo actuado o demostró el menoscabo de garantías fundamentales que hicieren inexorable el tener que declarar la ineficacia de dicha decisión judicial, con lo cual, como es puesto de presente por el Fiscal Delegado, si es que alguna irritualidad pudo haberse presentado, la misma resultó convalidada y por lo mismo descarta toda posibilidad de que la Corte acoja la censura que la defensa presenta.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

2.1.4.- Tercer cargo subsidiario. Violación directa de la ley.

Falta de aplicación del artículo 401 del C.P. «lo que condujo a la imposición de una pena que resulta ilegal».

[...] [E]n este caso la aplicación de la referida circunstancia de atenuación punitiva deviene improcedente, toda vez que dicho pago de la aseguradora no obedeció a un acto voluntario de reintegro de lo apropiado, o su valor actualizado con intereses, sino simple y llanamente al cumplimiento del compromiso adquirido por la aseguradora con ocasión del contrato de seguro para garantizar el adecuado manejo del anticipo de dineros oficiales que la ley de contratación estatal exige, de tal suerte que quienes se apropiaron indebidamente de tales recursos públicos, ni personalmente ni por interpuesta persona con anterioridad a la formulación de imputación y el fallo de primer grado devolvieron cantidad alguna al erario y sí en cambio, aumentaron su patrimonio económico con los dineros provenientes de la conducta ilícita.

A este respecto cabe resaltar, conforme fue declarado por los juzgadores de instancia e indicado en el AP675-2017, 8 feb. 2017, Rad. 48313 que pronunciamiento que ahora se reitera, que la Corte de tiempo atrás tiene establecido que para la operancia de la referida circunstancia de atenuación, el reintegro debe corresponder a un acto voluntario y oportuno del sujeto agente:

Ahora bien, en relación con la forma del reintegro que derive en la rebaja de pena, reiteradamente la Corte ha precisado que el mismo debe corresponder a una manifestación de voluntad del agente, como lo advirtió el a quo. Así lo ha señalado la Sala:

Que el reintegro lo haga el agente, por sí o por tercera persona, indudablemente significa que entre la acción de reintegrar y el sujeto activo de la infracción existe una relación, bien sea directa o mediada por un tercero que, en todo caso, actúa por él, sea como mandatario o no, pero no independientemente de él¹⁰.

[...] Así sin dificultad ninguna surge nítido que la pretensión del recurrente se funda una interpretación equivocada de la disposición sustancial cuya aplicación inopinadamente invoca, lo cual determina que la censura no tenga vocación de prosperar, como tampoco le asistiría razón si se llegase a aducir que el reintegro fue parcial, como lo manifestó la Fiscalía en su intervención en el acto de sustentación oral del recurso extraordinario con ocasión de la cesión de los contratos para la culminación de las obras contratadas, puesto que, de una

¹⁰ En este sentido debe entenderse la contundente afirmación que hizo la Sala en la sentencia del 13 de octubre del 2004, radicado 22.778: «No obstante, como de tiempo atrás lo tiene establecido el precedente de la Sala y surge del obvio entendimiento de la naturaleza del reintegro como comportamiento que depende de la exclusiva voluntad del procesado, se repite, las reducciones de pena que esa actuación genera no afectan los extremos punitivos fijados por el legislador y, por tanto, tampoco inciden en el término prescriptivo».

parte, una tal hipótesis no fue planteada en la demanda precisamente por no haber sido sometida a consideración del juzgador, y de otra, tampoco se acredita que dicha eventualidad hubiere acontecido antes de dictarse el fallo de segunda instancia.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

2.2.- Del apoderado de la Contraloría General de la República.

2.2.1.- Violación directa de la ley. Interpretación errónea del artículo 351 de La Ley 906 de 2004 C.P.P. al haberse reconocido una rebaja del 50% de la pena cuando ha debido ser menor. [...] En orden a determinar si le asiste o no razón al recurrente en la postulación del disenso, la Corte traerá a colación el contenido de la disposición que aduce erradamente interpretada, las consideraciones que sobre la misma hicieron los juzgadores, y el entendimiento que últimamente la jurisprudencia le ha otorgado, todo ello con el propósito de determinar si la aplicación de la norma en el fallo acoge no sólo a su tenor literal sino también la intelección que a ella, para el momento de los pronunciamientos de instancia, se le venía dando por parte del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria.

La norma en comento es del siguiente tenor:

ART. 351. MODALIDADES. 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 (subrayas fuera de texto).

También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.

En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.

Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-516 de 2007, «en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo».

La Corte Constitucional consideró al efecto, entre otras cosas, lo siguiente:

[...] *Si bien es cierto que la Constitución radicó en la Fiscalía la titularidad de la acción penal, y que la ley le asigna un cierto nivel de discrecionalidad, propiciar la fijación de una posición por parte de la víctima frente a los preacuerdos y las negociaciones no afecta la autonomía del Fiscal para investigar y acusar, ni lo desplaza en el ejercicio de las facultades que le son propias. **Por el***

contrario, la intervención de la víctima provee a la justicia de información valiosa para determinar si la pena propuesta es aceptable o no en el mejor interés de la sociedad y de la administración de justicia. La inclusión del punto de vista de la víctima resulta también valiosa para rectificar información aportada por la defensa y por la fiscalía que puede conducir a evitar una sentencia injusta que no se adecue a la verdad de los hechos y su gravedad (se destaca). [...]... La eficacia del sistema no es un asunto que involucre únicamente los derechos del acusado y los intereses del Estado; no se puede predicar la eficacia del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia. Es imposible activar de manera adecuada la solución del conflicto social que genera el delito, y propiciar una reparación integral de la víctima, si se ignora su punto de vista en la celebración de un preacuerdo o negociación. Finalmente la titularidad del derecho de participación en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado. (se destaca).

En cuanto hace al porcentaje en que la pena correspondiente a la conducta realizada habría de ser rebajada en la sentencia con ocasión del allanamiento a cargos de los imputados, el Juzgador A quo dijo lo siguiente:

Ahora y como los procesados se allanaron a los cargos en la audiencia de imputación, tal comportamiento acarrea una disminución punitiva de hasta la mitad, según las previsiones del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 y esa reducción se les aplicará, pues no concurren circunstancias que aconsejen una menor, amén de que para tales efectos y de acuerdo con la última jurisprudencia de la Sala de Casación Penal del 5 de septiembre de este año, no es aplicable para los casos de allanamiento el artículo 349 ibidem, que exige para los preacuerdos, el reintegro de lo apropiado o la garantía respectiva de tal pago.

A esta consideración se opuso el Apoderado de la Contraloría General de la República, reconocida como víctima en la actuación, quien interpuso recurso de apelación que sustentó entre otros, con los siguientes argumentos:

En ese orden de ideas no es posible que se le concedan la rebaja de penas a consecuencia del allanamiento, por cuanto para este caso único y emblemático, no han hecho las devoluciones de las sumas malversadas por los acusados, pues debe ser preponderante en la sentencia la recuperación de los dineros públicos dilapidados y señalados por la Fiscalía en el escrito de acusación, sin que con ello se pueda predicar que se están irrespetando los términos de la aceptación de cargos (se destaca).

El Tribunal, por su parte, confirmó dicha determinación, en los siguientes términos:

Ninguna de las partes ni intervinientes protestó la rebaja de pena por el allanamiento a cargos otorgada por el a quo, por lo que el Tribunal en virtud de la prohibición que le impone el principio de la no reforma en peor en aspectos no impugnados debe en este caso mantener el descuento del 50% de la pena impuesta a los inculcados, la

que opera únicamente sobre la prisión y la multa no así respecto de la inhabilitación de funciones públicas porque dada su naturaleza y los términos en los que se consagró constitucionalmente se torna imposible jurídicamente deducción alguna (se destaca).

(...) Finalmente, con relación a la rebaja de pena por el allanamiento a cargos no se exige la devolución de lo apropiado en los términos del artículo 349 del C.P.P.

Sostiene el apoderado de la Contraloría que no puede otorgarse rebaja de pena por el allanamiento a cargos porque no se han hecho las devoluciones de las sumas apropiadas y para este asunto el daño patrimonial causado asciende a \$166.934.999.940.91, suma que estableció en investigación que la víctima realizó y de la cual puso en conocimiento a la Fiscalía General de la Nación.

El problema jurídico planteado por la Contraloría se resuelve sobre la base de las diferencias que existen entre el allanamiento como expresión de la justicia premial y manifestación unilateral del procesado y los preacuerdos que corresponden al ámbito de la justicia consensuada, en cuanto emerge de una decisión del fiscal y el inculcado, éste debidamente asesorado por su defensor.

La situación examinada fue resuelta por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (...) y ese mismo sentido lo acoge la Sala del Tribunal para decidir el planteamiento de la Contraloría (...).

La respuesta a la cuestión planteada debe empezar por considerar que la prohibición de que trata el artículo en comento referida al acuerdo, y no al allanamiento, no es fortuita; dígase que aun cuando el acuerdo entre el Fiscal y el imputado o acusado sobre los cargos formulados y el allanamiento a los mismos por parte del último e incluso —de alguna forma— encuentran regulación en el mismo Título, Capítulo y Libro del Código de Procedimiento Penal de 2004 (artículos 348 a 354, en concordancia con el 288), lo cierto es que mantienen importantes diferencias que son relevantes a la hora de fijar sus efectos.

De lo dicho se desprende que por razón de las diferencias que entre uno y otro instituto sus efectos no pueden ser los mismos, y es así como se explica que la prohibición que consagra el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 se aplique respecto del acuerdo, mas no del allanamiento.

Para la Corte, el error del Tribunal para abstenerse de corregir el monto de rebaja concedido por el a quo, pese a considerarlo exorbitante atendiendo el hecho que la Fiscalía contaba con suficientes evidencias físicas, elementos materiales probatorios e informaciones legalmente obtenidas que permitirían llevar a juicio a los imputados con una altísima probabilidad de éxito, consistió en suponer que el mismo no había sido materia de impugnación por la Contraloría y que cualquier pronunciamiento en disfavor de los acusados implicaría transgredir la prohibición de la reforma peyorativa del fallo cuando el condenado es apelante único.

No tuvo en cuenta que la víctima reclamaba, no la desaprobación del allanamiento a cargos, sino la exclusión de toda rebaja punitiva hasta tanto se produjera una reparación

integral de los perjuicios ocasionados con la criminalidad, lo cual por supuesto incluía el 50% de reducción punitiva concedido por el A quo, y ello, unido a la facultad de impugnar la decisión anticipada reconocida por la vía de la jurisprudencia constitucional, le confería no sólo legitimidad, sino interés para oponerse a la pena impuesta en la sentencia proferida por la vía del allanamiento a cargos.

[...] Debido a este errado entendimiento sobre el alcance de la impugnación, el Juzgador de alzada se dedicó a reiterar la jurisprudencia de la Corte que sirvió de apoyo al juzgador de primer grado, en el sentido que la condicionante prevista por el artículo 349 de la ley 906 de 2004 opera solo en los casos de preacuerdos, acuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado y no en los eventos de la simple y llana aceptación de responsabilidad penal en la audiencia de formulación de imputación, citando al efecto la sentencia del 27 de abril de 2011 dentro del radicado 34829, anterior incluso a la mencionada por el A quo en la decisión materia de impugnación CSJ SP 5 Sep. de 2011. Rad. 36502.

Pero independientemente de que en los citados pronunciamientos la Corte hubiere reiterado que la exigencia del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal no opera en tratándose del allanamiento a cargos, conforme lo reafirmó posteriormente en la sentencia SP4514-2014 Abr. 9 de 2014. Rad. 40174, lo cierto del caso es que ninguno de los juzgadores, ni el A quo ni el Tribunal, se percataron que en dichos pronunciamientos la Corte también expresó, que

«De allí que resulte lógico que, a la hora de aprobar el preacuerdo, al imputado o acusado que tiene la facultad de tomar parte en la determinación de los cargos que habrá de aceptar se le someta a condicionamientos más rigurosos que a quien simplemente se allana: uno de ellos es, precisamente, la exigencia de reintegrar al menos la mitad de lo percibido en los casos de delitos que involucren un incremento patrimonial, o bien asegurar el recaudo del remanente, exigencia que no pesa sobre quien unilateralmente se acoge a los cargos tal como la Fiscalía se los formula.

Lo anterior no significa que el reintegro del valor del incremento patrimonial obtenido por el agente carezca de relevancia en los eventos en que aquél se ha allanado a los cargos, pues naturalmente podrá tenerse en cuenta a la hora de fijar el porcentaje de rebaja por razón de la aceptación de los formulados en la audiencia imputación, en el entendido que la rebaja consagrada en la ley es hasta en la mitad (artículo 351 de la Ley 906 de 2004); así mismo, podrá constituir un criterio para individualizar la sanción dentro del cuarto punitivo correspondiente, o bien al disponer sobre el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o el sustituto de la prisión domiciliaria, por cuanto en este último caso la reparación del daño es presupuesto para su concesión, según lo dispone el artículo 38.3 del Código Penal».

Indica esto, que al contrario del entendimiento dado por el A quo a las previsiones del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, el porcentaje de rebaja por allanamiento a cargos no está condicionado tan solo al momento procesal en que la aceptación

de responsabilidad penal se produce, ni a la magnitud del ahorro para el Estado en la labor pesquisadora en orden a lograr el descubrimiento de las circunstancias que rodearon la realización de la conducta reprochable y punible materia de imputación o la individualización e identificación de todos aquellos que hubieren determinado, participado o contribuido a su ejecución, sino también en la voluntad de los allanados de reparar los daños causados a las víctimas con el crimen libremente admitido, plasmada en la acreditación de reales y efectivos actos de resarcimiento, todo lo cual no solo debe ser sometido oportunamente a consideración del juzgador en la ocasión procesalmente establecida para la individualización judicial de la pena, sino verificado por éste, en orden a posibilitarle expresar fundadamente las razones por las cuales decide aplicar un específico monto de rebaja y no otro distinto, de suerte que la referida determinación, si bien obedece a su discrecionalidad, por ser ésta reglada, no quede librada al mero capricho, contrario a la delicada misión constitucional de prodigar pronta y cumplida justicia.

A dicho propósito cabe resaltar, que en la determinación del porcentaje de rebaja por allanamiento a cargos el ordenamiento no exige que el juzgador realice consideraciones relativas a las funciones que la pena está llamada a cumplir en nuestro medio, pues las mismas previamente debieron ser objeto de ponderación al momento de la individualización judicial conforme los límites punitivos establecidos en el tipo penal concretamente realizado, incluyendo por supuesto todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, fáctica y jurídicamente relevantes acompañantes del injusto que fueron incluidas en la acusación y determinadas por el juzgador en el fallo correspondiente.

Lo que aquí interesa destacar es la apreciación de aquellos comportamientos post delictuales que a pesar de no incidir en la determinación del ámbito punitivo de movilidad atendiendo los límites mínimos y máximos en los que el juzgador ha de moverse, ni en la identificación del cuarto o cuartos en los que habrá de individualizarse la pena atendiendo la concurrencia de circunstancias genéricas de atenuación o de agravación punitiva, y en los cuales tampoco cabe considerar la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena, y la función que ha de cumplir en el caso concreto, sí resultan relevantes a la hora de establecer la pena definitiva con ocasión del allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación.

En este sentido, lo que importa considerar para efectos de establecer el porcentaje de rebaja por concepto del allanamiento a cargos, es que el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 no le impone al juzgador la obligación de reducir la pena ya individualizada «en la mitad», sino «hasta de la mitad», en cuya determinación del porcentaje correspondiente cuenta con criterios de razonabilidad para medir el monto del merecimiento, según las circunstancias

particulares del proceso y de cada uno de los acusados, de suerte que bien puede aplicar la rebaja en un 50% o en una proporción inferior a la mitad.

En el presente evento, para la Corte es claro que la legitimación de la Contraloría General de la República para intervenir en el proceso penal en orden a garantizar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación del daño causado con la ilicitud, se ofrece ajena a toda discusión atendiendo las previsiones de los artículos 11 y 132 y siguientes de la Ley 906 de 2004, así como lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007, y ello precisamente es lo que la autoriza para discutir el monto de la rebaja de la pena fijada por el juzgador, pues si bien la individualización de la conducta llevada a cabo se mantuvo dentro del ámbito de discrecionalidad otorgado por el legislador sin que respecto de ella se manifieste transgresión alguna al principio de legalidad, al observarse que los acusados no evidenciaron ninguna intención de reparar los perjuicios ocasionados a los erarios Distrital y Nacional con el crimen cometido, sino que se escudaron en el pago de la póliza de seguros adquirida para garantizar el adecuado uso de los dineros oficiales recibidos como anticipo de la contratación, automáticamente la facultaba para acudir a los instrumentos ordinarios y extraordinarios de impugnación previstos por el ordenamiento en orden a reclamar la imposición de una pena acorde con la actitud procesal asumida por los acusados frente al daño causado a las víctimas con el crimen cometido, como en tal sentido ha sido declarado por la Corte (cfr. CSJ SP abr. 27 de 2011, rad. 35947, en postura reiterada en la SP 16558-2015, Rad. 44840). [...] Si bien, no desconoce la Corte que acorde con el entendimiento dado por la jurisprudencia para la época de los fallos de instancia la aprobación del allanamiento a cargos de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 no se entendía condicionada a que previamente se acreditara el reintegro de por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido y se asegurara el recaudo del remanente, en aquellos delitos en los cuales el sujeto activo hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto del mismo —conforme a las previsiones del artículo 349 *ejusdem*—, ni que en el presente asunto los implicados decidieron aceptar su responsabilidad penal en el concurso de delitos de peculado por apropiación agravados por la cuantía que les fuera atribuido en la audiencia de formulación de imputación, puesto que no solo hicieron presencia personal ante la justicia, regresando incluso del exterior con dicho propósito, sino que admitieron su responsabilidad en la primera oportunidad que tuvieron para ello, como de esto dio cuenta el Fiscal al indicar que uno de los elementos materiales probatorios que sustentaba la imputación, era precisamente la ampliación de los interrogatorios de los indiciados quienes admitieron haber desviado los recursos de contenido económico provenientes de los anticipos contractuales, a fines comerciales distintos de la inversión en las obras públicas contratadas y que también han contribuido en la investigación de la conducta realizada por otros implicados, no puede perderse de vista que el tema de la reparación de los perjuicios ocasionados a la víctima con la ilicitud llevada a cabo, acorde con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de

que gozan las víctimas en el proceso penal, necesariamente debe ser asunto a considerar en la determinación del porcentaje de rebaja de pena en los casos de la sentencia anticipada por allanamiento a cargos.

De esta suerte, como la determinación del porcentaje de rebaja no aparece de manera fija señalada en la ley, necesariamente el juez debe acudir a criterios de plausible verificación que le permitan adoptar una determinación no solo razonable sino justa y respetuosa de los intereses de las víctimas al momento de establecer la reducción punitiva por concepto del allanamiento a cargos.

Así, salvo el caso de las situaciones de flagrancia o de aquellos eventos en los cuales el ordenamiento limita la rebaja de pena por allanamiento a cargos, para efectos de decidirse aplicar lo previsto en el inciso primero del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 independientemente de la clase de delito de que se trate, o del bien jurídico comprometido con el reato, en la determinación del porcentaje de pena que habrá de rebajarle al acusado por la aceptación de responsabilidad penal en el crimen que le ha sido imputado, el juez debe tomar en consideración no solo la oportunidad procesal en que el allanamiento a cargos se presenta —*la formulación de imputación*—, sino también la colaboración que el imputado hubiere brindado a la Fiscalía en la determinación del cúmulo de circunstancias que rodearon la ejecución del crimen, la contribución otorgada para la individualización, investigación y juzgamiento de otros posibles responsables y la actitud asumida en el proceso con respecto a la manera como ofrece reparar los daños y perjuicios causados a las víctimas del injusto típico cuya responsabilidad penal libre y voluntariamente admite a cambio de obtener una sustancial rebaja en la pena que habría de corresponderle si el juicio se lleva a cabo y finaliza con decisión de condena.

De manera tal que si el allanamiento a cargos se presenta en la primera oportunidad que el ordenamiento procesal otorga, si además de ello se pone en evidencia el ineludible interés de contribuir al esclarecimiento de los hechos y la determinación de aquellos otros sujetos que de una u otra manera pudieron participar o contribuir a la realización de la conducta criminal o el aseguramiento de los rendimientos que el crimen admitido produce, así como la reparación integral de los perjuicios causados a la víctima, pues indudablemente el juez de conocimiento tiene la carga de ponderar estos aspectos para decidir si aplica o no el máximo de rebaja pena que la ley autoriza, en porcentaje que habrá de ir decreciendo hasta donde el ordenamiento procesal lo permita, en la medida en que encuentre que alguno o varios de los aludidos criterios, que la Corte menciona a título meramente ilustrativo, no se observan en la conducta posdelictual de todos o de alguno de los acusados.

En este caso, para reconocer el máximo porcentaje de rebaja autorizado por la ley procesal penal los juzgadores solo tomaron en consideración que los acusados voluntariamente regresaron al país a presentarse ante la justicia que los requería para que respondieran por el cúmulo de delitos por los que estaban siendo investigados, y que hicieron la manifestación

de allanarse en la primera oportunidad procesal brindada por el ordenamiento para el efecto, pero omitieron tener en cuenta los derechos a la justicia y a la reparación que constitucionalmente se reconoce a las víctimas de la ilicitud, los cuales no quedaban cubiertos con la pura y simple admisión de responsabilidad penal, y tampoco se percataron que prácticamente ningún ahorro a la actividad pesquisidora de la fiscalía contribuyeron a realizar, toda vez que con los elementos de juicio con que contaba para formular imputación, le habría servido a la Fiscalía para sustentar una acusación y lograr sentencia de condena, o como lo dijo el Tribunal:

«El a quo otorgó a los procesados una rebaja de pena del 50% por el allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación, no obstante que la Fiscalía había anunciado, relacionado y exhibido en la formulación de imputación, abundantes elementos materiales de prueba que soportaban la materialidad y la responsabilidad penal de los procesados en los delitos atribuidos».

Entonces ante la errada intelección que los juzgadores hicieron de las previsiones del Artículo 351 del CPP que determinó la aplicación del máximo de rebaja previsto en la ley, sin tomar en cuenta que la Fiscalía llevó a cabo una ardua tarea investigativa previa a la imputación que le habría permitido lograr una decisión de condena aún sin la asunción de responsabilidad de los acusados, y sin considerar los derechos a la justicia y a la reparación que les asiste a las víctimas, dado que los acusados no evidenciaron interés alguno en resarcir el daño causado, para la Corte es claro que el cargo debe prosperar.

2.2.2.- Consecuencias de la prosperidad del cargo.

Como quiera que los juzgadores interpretaron erradamente el alcance de lo dispuesto por el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, en cuanto al decidirse aplicar el máximo de rebaja de pena allí prevista para los casos de la sentencia anticipada por allanamiento a cargos, dejaron de considerar el tema del resarcimiento de los perjuicios causados a las víctimas y el verdadero ahorro en la labor investigativa de la Fiscalía, estima la Corte que atendiendo la magnitud en la afectación al bien jurídico tutelado por el legislador y la actitud asumida en el proceso con respecto a la necesidad de reparar integralmente el daño inferido, en justicia dicho guarismo no debe ser superior al 35% habida cuenta que con anterioridad al proferimiento del fallo de primera instancia los acusados no evidenciaron ninguna intención reparadora de los perjuicios ocasionados con el crimen cometido, sino que, por el contrario, pretendieron que se tuviera por tal, incluso con incidencia en el monto de la pena, el pago del siniestro efectuado por una Compañía Aseguradora que también administra recursos públicos, lo cual se ofrece a todas luces censurable.

[...] 3.- Precisiones Finales. Cambio de jurisprudencia. El allanamiento a cargos como una de las modalidades de preacuerdo entre imputado y fiscalía.

3.1.- Al margen de aquello que la Corte viene de reseñar en el caso concreto, sobre el alcance e intelección que ha de corresponder a las previsiones del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 en torno a los fundamentos a considerar por el Juez de Conocimiento para efectos de establecer el porcentaje de la rebaja punitiva por razón del allanamiento a cargos por parte del imputado, en esta ocasión se considera imperioso recordar, que a raíz de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 que dio origen constitucional al sistema acusatorio en materia penal y la Ley 906 de 2004 con la cual se pretendió darle desarrollo, la Sala (CSJ SP 23 Ag 2005, Rad. 21954), en lo atinente a la controversia surgida sobre la posible equiparación de la sentencia anticipada, de que trata la Ley 600 de 2000, con la figura del allanamiento a cargos prevista por la Ley 906 de 2004, pese a reconocer que tienen origen en el derecho penal premial, sostuvo que:

«...en el novedoso sistema procesal la aceptación de cargos prevista en las citadas normas constituye, por regla general, un acuerdo bilateral, no unilateral como sucedía en el pasado régimen de sentencia anticipada, entre el fiscal y el imputado, evento en el cual se puede negociar el monto de rebaja punitiva, correspondiéndole al juez de conocimiento dictar la sentencia teniendo como soporte dicho acuerdo, salvo que advierta la transgresión de garantías fundamentales.

En otras palabras, dentro del actual sistema acusatorio, el fiscal y el imputado están en libertad de llegar a acuerdos, los cuales “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”, evento que no ocurría con la antigua sentencia anticipada, habida cuenta que no se permitía ningún tipo de negociación y al juez le correspondía determinar la pena conforme al acto libre, voluntario y unilateral manifestado por el procesado».

Esta precisión, necesariamente tenía que llevar a que, meses más tarde, la Sala (CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347) concluyera que la exigencia establecida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 como presupuesto de validez en orden a la aprobación por el órgano jurisdicente de los preacuerdos, acuerdos o negociaciones celebrados entre la Fiscalía y el imputado o acusado, también resultaba aplicable al allanamiento a cargos por ser éste una modalidad de aquellos. Señaló al efecto que

«...la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación. Una interpretación contraria, orientada a respaldar la idea de que aceptar los cargos en la audiencia de formulación de imputación exonera de ese requisito para acceder a la rebaja de pena, riñe con los fines declarados en el artículo 348 ibidem y específicamente con los de obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito y propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con él, a cuyo cumplimiento apunta la medida de política criminal anotada, de im-

pedir negociaciones y acuerdos cuando no se reintegre el incremento patrimonial logrado con la conducta punible».

3.2.- Esta tesis jurisprudencial, según la cual el allanamiento a cargos es una de las modalidades de acuerdo, se mantuvo en lo esencial, hasta cuando la Corte (CSJ SP 8 Abr 2008, Rad. 25306) decidió reexaminar el tema y después de considerar que en el allanamiento a cargos no se presenta ningún acuerdo entre la Fiscalía y el imputado, y que su aprobación no se halla condicionada a que previamente se acredite la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito, o el reintegro del incremento patrimonial obtenido con el delito, mayoritariamente consideró

«...razonable interpretar que si bien los acuerdos y negociaciones son notas singulares del nuevo sistema procesal pero el allanamiento a cargos tiene unos matices respecto de los cuales no es totalmente asertivo decir que se corresponda con la misma filosofía de los primeros, la Sala no casará el fallo impugnado, porque una nueva observación indica que esta institución no es específica del nuevo procedimiento, a la misma no subyace una relación consensuada entre fiscal e imputado y por tanto puede ser observada como homologable con la sentencia anticipada».

3.2.1.- Esta posición, ha venido siendo reiterada por la Sala (CSJ SP 8 Jul 2008, Rad. 31063), al punto de sostener que

«...el instituto de allanamiento a los cargos y preacuerdos son diferentes en cuanto a su estructura. El primero se erige en una manifestación unilateral y oral que hace el imputado o acusado de aceptar su responsabilidad, en los precisos momentos procesales señalados en la ley, acto en el cual éste debe ser cabalmente asistido por la defensa y debidamente enterado de las consecuencias jurídicas que trae consigo la aceptación de los mismos.

Mientras que los preacuerdos, además de constituir un acto consensuado entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, éste puede recaer sobre la eliminación de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico y la tipificación de una conducta dentro de su alegación conclusiva con el fin de disminuir la pena, según lo reglado en el artículo 350, incisos 1° y 2°, de la Ley 906 de 2004, y acordar también lo referente a los hechos y sus consecuencias y el quantum a imponer en la determinación de la pena (artículo 351, inciso 2°, de la citada Ley)».

3.2.2.- Asimismo, la Corte (CSJ SP 27 Abr 2011, Rad. 34829) sostuvo que por razón de las diferencias entre el preacuerdo celebrado por la Fiscalía con el imputado o acusado y el allanamiento a cargos *«sus efectos no pueden ser los mismos, y es así como se explica que la prohibición que consagra el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 se aplique respecto del acuerdo mas no del allanamiento».*

3.2.3.- Esta postura fue días más tarde reiterada por la Sala (CSJ SP 5 Sep 2011, Rad. 36502) al señalar que *«como el allanamiento o la aceptación de la imputación prevista en el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, no corresponde a una modalidad de acuerdo o negociación con la Fiscalía, la condición exigida en el artículo 349 de la misma ley no constituye requisito para su legalización y*

aprobación». En este mismo sentido se indicó posteriormente por la Corte (CSJ SP 9 Abr 2014, Rad. 40174) al sostener que *«no hay duda que, como en forma reiterada lo ha reconocido esta Sala, la exigencia del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal no opera tratándose de allanamiento a cargos, el cual se evidenció en esta ocasión»*.

4.- No obstante lo anterior, como resultado de reestudiar el tema, la Sala concluye que indudablemente el allanamiento a cargos constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos a los que no podría acceder si el juicio termina por el cauce ordinario, y que en tal medida resulta aplicable para su aprobación el cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 349 de la ley 906 de 2004.

Pese a los esfuerzos realizados en orden a atribuirle naturaleza y efectos diversos, esta Sala es del criterio que no solamente por encontrarse la figura del allanamiento a cargos dentro del Libro III, Título II del Código de Procedimiento Penal de 2004 bajo el rótulo de *«Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado»*, sino porque es la propia ley (artículo 351 de la Ley 906 de 2004), la que establece que el *«acuerdo»* de aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, necesariamente debe consignarse en el escrito de acusación que la Fiscalía ha de presentar ante el Juez de Conocimiento, sin el cual dicho funcionario no adquiere competencia para emitir fallo de mérito, y que éste sea congruente con los términos de la acusación, es otra de las razones por las cuales debe concluirse que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de los acuerdos que Fiscalía e imputado o acusado pueden celebrar para cuya aprobación por el juez de control de garantías o el de conocimiento se requiere el cumplimiento íntegro de los presupuestos exigidos por el ordenamiento para conferirle validez y eficacia procesal y sustancial, incluidas las exigencias de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

En este sentido la Corte recoge la tesis contraria hasta ahora sostenida y reiterada a partir del pronunciamiento proferido por decisión de mayoría CSJ SP 8 Abr 2008, Rad. 25306, y ratifica la sentada primigeniamente (cfr. CSJ SP 23 Ag 2005, Rad. 21954 y CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347) con todas las consecuencias que de ella se derivan (CSJ SP 4 May 2006, Rad. 24531 y CSJ SP 23 May 2006, Rad. 25300). En tal medida, a partir de ahora, de nuevo, conforme se precisó por la Corte (CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347), ha de entenderse que

«...la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación.

Una interpretación contraria, orientada a respaldar la idea de que aceptar los cargos en la audiencia de formulación de imputación exonera de ese requisito para acceder a la rebaja de pena,

riñe con los fines declarados en el artículo 348 Ibidem y específicamente con los de obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito y propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con él, a cuyo cumplimiento apunta la medida de política criminal anotada, de impedir negociaciones y acuerdos cuando no se reintegre el incremento patrimonial logrado con la conducta punible».

5.- Ahora bien, esta postura, fundada en reconocer que el allanamiento a cargos es una modalidad de acuerdo y no una simple manifestación unilateral de sometimiento a la justicia por parte del imputado o acusado sin contraprestación ninguna, le implica necesariamente a la Corte el tener que precisar que, a más del deber de acreditar el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el artículo 349 del CPP, el escrito de acusación, para que pueda servir de fundamento del fallo anticipado que del juez de conocimiento fiscalía y defensa demandan, debe incluir el acuerdo a que estas partes llegaron en relación con las consecuencias jurídicas de la conducta objeto de imputación.

Estas consecuencias, como resulta de obviedad entenderlo, abarcan no sólo la determinación del porcentaje de rebaja punitiva dentro de los márgenes autorizados por el ordenamiento y el monto preciso de las penas que habrán de imponerse por el juzgador, sino lo concerniente a la procedencia o improcedencia de conceder, en el caso concreto, la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.

La idea que esta Corporación resalta, es que todas las consecuencias de la conducta punible realizada por el imputado, deban quedar debidamente convenidas con la Fiscalía para que ésta las incluya en el escrito de acusación, de tal modo que una vez la autoridad judicial haya verificado que la admisión de responsabilidad es libre, voluntaria y debidamente informada, así como la existencia de consenso sobre la pena y su forma de ejecución, la única actuación subsiguiente en el trámite sea la adopción del fallo respectivo, y que el mismo pueda tornarse de inmediato en definitivo e inapelable por quienes suscribieron el acuerdo, ante la carencia de interés que tendrían para discutir sus términos, precisamente por tratarse de una sentencia dictada de conformidad con el acusado.

De esta suerte, si el fiscal advierte que por razón de haber adelantado una juiciosa investigación penal en contra del indiciado, cuenta con suficientes elementos materiales probatorios, evidencias físicas e informaciones legalmente obtenidas que posibilitarían llevarlo a juicio con gran probabilidad de éxito, bien puede oponerse a que el simple allanamiento a cargos de lugar a que en la sentencia anticipada se le reconozca el máximo porcentaje de rebaja punitiva que la ley permite, cuando a su criterio el monto de la sanción por la conducta realizada debería ser ostensiblemente mayor.

6.- La Corte debe precisar, finalmente, que como en este evento los Juzgadores de instancia, acorde con la jurisprudencia por entonces vigente, decidieron no aplicar las previsiones del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 que conforme al entendimiento que ahora se

reproduce, permite declarar la improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado si éste hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del crimen cometido, hasta tanto se reintegre por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente, resulta claro que en respeto por el debido proceso, dado el carácter restrictivo de esta intelección, la misma no será aplicada al caso presente.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1.- NO CASAR el fallo impugnado con ocasión de la demanda presentada por el defensor de los acusados M. E. N. V., M. F. N. V., G. A. N. M. y M. A. G. A., por las razones expresadas en el cuerpo de la presente sentencia.

2.- CASAR PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia proferida el 1º de junio de 2012 por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con ocasión del único cargo formulado en la demanda por el apoderado de la Contraloría General de la República en condición de víctima reconocida dentro del presente proceso, por lo anotado en la motivación de la presente providencia.

3.- FIJAR en diecinueve (19) años, cinco (5) meses y once (11) días la pena de prisión y en trece mil cincuenta y cinco millones trescientos cincuenta mil pesos (\$13.055.350.000.00) la pena de multa, que como intervinientes penalmente responsables del concurso de delitos de peculado por apropiación agravado por la cuantía deben purgar cada uno de los acusados M. E. N. V., M. F. N. V., G. A. N. M. y M. A. G. A.

4.- FIJAR en trece (13) años, siete (7) meses y veinticuatro (24) días la pena de prisión y en diez mil seiscientos noventa y nueve millones noventa y seis mil ciento veintiocho pesos (\$10.699.096.128.00) la pena de multa, que como interviniente penalmente responsable del concurso de delitos de peculado por apropiación agravado por la cuantía debe purgar el acusado M. A. G. A.

4.- En lo demás, el fallo se mantiene inmodificable. (sic)

5.- Por el Juzgado de Primera Instancia, de ser el caso, se dará cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 102 y siguientes sobre el ejercicio del incidente de reparación integral.

Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

2. Comentario

Introducción

En la sentencia cuyos apartes principales acaban de ser transcritos, se abordan diversas problemáticas como las relativas a la posibilidad de manifestación e impugnación de la víctima en los acuerdos y las negociaciones y las conductas posdelictuales de los procesados, pero, sobre todo, lo relativo a los acuerdos y las negociaciones entre la fiscalía y el procesado, aspecto este último de especial importancia porque en esta decisión se observa un retorno a la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al inicio de la implantación del sistema penal de tendencia acusatoria. Este retorno supone, entre otras cosas, la obligación de considerar que la aceptación de cargos es una forma de acuerdo y que, por ende, implica cumplir con las obligaciones legales aplicables a todo tipo de acuerdo en relación con delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto del mismo.

Así las cosas, aquí se analiza si es posible establecer en el ordenamiento jurídico colombiano la existencia de diferentes instituciones de terminación anticipada del proceso con diversos beneficios. Para ello, se examina la forma como las altas cortes han entendido los contenidos de la Ley 906 de 2004 en materia de los acuerdos entre la fiscalía y el procesado. Una vez expuesto lo anterior se señalan las diferencias que consideraba la anterior línea jurisprudencial; también, si ello puede justificarse a nivel de derecho comparado y, para culminar, se hacen algunas reflexiones para el debate.

Los preacuerdos, los acuerdos y las negociaciones

A partir de la semántica de las palabras con base en las definiciones emitidas por el Diccionario compendiado por el órgano oficial (Real Academia Española, 2017), se pueden señalar cuáles son las diferencias entre esos conceptos. Así, se define la voz «preacuerdo» como un «*acuerdo previo entre varias partes que*

precisa ser ultimado o ratificado»; la locución «acuerdo» como el convenio entre dos o más partes; y, para culminar, la expresión «negociación» como los «*tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto*». De esta manera, con este punto de partida se puede afirmar —de forma general— que los preacuerdos son los resultados de las negociaciones entre la fiscalía y el procesado antes del juicio oral, que deben ser aceptados por el juez de conocimiento para convertirse en acuerdos y otorgarles fuerza vinculante.

No obstante, obsérvese la manera como las altas Cortes han empleado esos conceptos y las diferenciaciones que hacen entre los mismos: En efecto, en un primer pronunciamiento (CConst., 2005, Sent. C-1260) se señala que el nuevo sistema procesal penal estableció tanto la posibilidad de renunciar a un juicio público, oral, mediante la celebración de preacuerdos entre la fiscalía y el imputado, como la aceptación de la culpabilidad al inicio del juicio por parte del acusado. Al respecto se analizó y reafirmaron las características que la propia Ley 906 de 2004 señala para los preacuerdos en relación con la aceptación de cargos por parte del imputado; la necesidad de que el juez de control de garantías o de conocimiento verifiquen que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, y asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible que proceda al interrogatorio personal del imputado o procesado; y, se hizo énfasis en el hecho de que el fiscal debe emitir el juicio de tipicidad de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal. Sin embargo, ese proveído no se detuvo a establecer las diversas terminaciones anticipadas y sus posibles diferenciaciones.

Otra cosa, sin embargo, sucede con otro precedente emanado del tribunal constitucional (CConst., 2006, Sent. T-091) en el cual se hizo un recuento sobre las formas de terminación anticipada del proceso y su evolución en el sistema colombiano a partir de 1987. Incluso, en relación con la normativa contenida en la Ley 906 de 2004 se afirmó que existen dos modalidades de terminación anticipada del proceso: En primer lugar, los llamados «preacuerdos y negociaciones entre el imputado o acusado y el fiscal», que son verdaderas formas de trato entre el fiscal y el procesado, respecto de los cargos y

sus consecuencias punitivas, las cuales demandan consenso y comportan en su esencia la aceptación de responsabilidad por parte del imputado o acusado, es decir, la aceptación total o parcial de cargos como producto del acuerdo. Dicha modalidad, recuérdese, se regula en el Título II del Libro III de la Ley 906 de 2004 con las reglas específicas relativas a finalidades (348), improcedencia (349), oportunidad (350 y 352), modalidades (351) y aceptación total o parcial de cargos (353).

Así mismo, en segundo lugar, la aceptación unilateral de cargos por parte del imputado o acusado, es decir, un evento en el cual no existe transacción y en consecuencia no se requiere consenso, que está regulada a partir de la imputación e implica para el procesado «*allanarse a la imputación y obtener una rebaja de pena*» tal como lo señala el artículo 288 numeral 3° de la ley 906 de 2004. Esta posibilidad se pueda dar en los diferentes estadios procesales (audiencia de formulación de imputación, audiencia preparatoria y juicio oral) y comporta, a su vez, una consecuencia punitiva gradual acorde con cada uno de esos momentos.

Junto a ello, como bien lo referencia la jurisprudencia penal (CSJ, 2005, sentencia radicado 21347), dejó sentado que la exigencia establecida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 también resultaba aplicable al «*allanamiento a cargos*» por ser éste una modalidad de los preacuerdos, acuerdos o negociaciones. Y ello lo reafirma, pues entiende que una interpretación distinta iría en contra de la finalidad de los institutos de lo preacuerdos y negociaciones establecida en el artículo 348.

Sin embargo, considerar a la aceptación unilateral (mal llamada allanamiento) como una modalidad de los preacuerdos, acuerdos o negociaciones, duró poco; en efecto, se estimó que la aceptación unilateral de cargos «... tiene unos matices respecto de los cuales no es totalmente asertivo decir que se corresponda con la misma filosofía de los primeros...» (CSJ, 2008, radicado 25306). Este cambio de jurisprudencia supuso principalmente, cuatro cosas distintas: primero, considerar que, por el hecho de tener una estructura distinta a los preacuerdos, la aceptación unilateral debería tener unos efectos

distintos; segundo, entender que la aceptación unilateral no corresponde a una modalidad de acuerdo o negociación con la Fiscalía. Tercero, y como consecuencia de lo anterior, señalar que la prohibición consagrada el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 no se aplicaba para casos de aceptación unilateral; y cuarto, estimar que a partir de la emisión de esa providencia judicial era viable la existencia de terminaciones anticipadas con consecuencias contrapuestas.

Es decir, que a partir del ocho de abril del año 2008 se estructuran dos posibilidades de terminación anticipada para hechos considerados como delictivos, que fueran puestos en conocimiento de las autoridades y en los cuales se presentara un incremento patrimonial fruto de esa conducta punible: La primera, era que la persona procesada junto con su abogado realizara negociaciones con la fiscalía sobre los términos de la imputación, para que se eliminara de la acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo o se tipificara la conducta dentro de su alegación conclusiva de una forma específica con miras a disminuir la pena, según lo establecido en los artículos 350 y 351 de la Ley 906 de 2004; pero para que dichas negociaciones se materializaran en acuerdos, se debía reintegrar por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido y se debía asegurar el recaudo del remanente. A su turno, la segunda posibilidad era aceptar unilateralmente la responsabilidad por los hechos materia de investigación y, según el momento procesal en el cual el agente la aceptare, obtener un porcentaje determinado de rebaja de pena; en este caso no se estimaba como necesario que el agente reintegrara o asegurara dinero alguno.

Incluso, en relación con esa obligación en materia de los acuerdos del artículo 349, la jurisprudencia (CConst., 2010, Sent. C-059), consideró que dicha norma era un requisito de procedibilidad más que de prohibición de las negociaciones. Y añadió que la razón de ser de la misma era, antes que buscar la reparación de las víctimas de los delitos económicos, evitar que quienes hubieran obtenido provecho económico mediante la comisión de todo tipo de delitos, no solo los económicos, pudieran recurrir a los instrumentos procesales brindados por la justicia negociada para obtener generosos beneficios punitivos, sin comprometer sus fortunas ilegales. Por ende, ese instituto no

debía confundirse con el incidente de reparación integral. Es más, ese proveído finaliza apuntando la necesidad de que dicho artículo sea interpretado de manera integral como un instrumento procesal que comparte los fines y propósitos generales de la justicia negociada.

De igual forma, pero en relación con el hecho de que se establezca normativamente una rebaja en caso de aceptación unilateral y no suceda lo mismo en tratándose de acuerdos fruto de las negociaciones, mediante otra importante decisión se analizó esta situación y explicaron las consecuencias y las vías procesales de los dos fenómenos (CConst., 2013, Sent. C-302): En efecto, de una parte, en tratándose de la aceptación simple o unilateral de los cargos imputados por el ente acusador, la aceptación de la culpabilidad se formula ante el juez e implica un descuento punitivo automático en los términos de la legislación procesal. Esta decisión del procesado da lugar a la terminación anticipada del proceso penal, hace finalizar la controversia y culmina la actividad procesal de la fiscalía, al menos respecto de los cargos admitidos, razones por las cuales se concede el descuento punitivo. Adicionalmente, el descuento punitivo fue instituido también para enfrentar las hipótesis en las que el ente acusador tiene dificultades probatorias puntuales y específicas, de modo tal que el reconocimiento de la responsabilidad penal por el imputado o acusado permite subsanar y superar tales inconvenientes de orden probatorio, y en función de tal contribución se concede el beneficio en cuestión.

De otra parte, la aceptación condicionada se formula ante el ente acusador mediante el procedimiento de los preacuerdos, y su efecto en términos punitivos no están preestablecidos en la legislación. Por ello, al admitirse la responsabilidad, pero con modificaciones o variantes ya sea en relación con el tipo penal, el grado de participación o la modalidad delictiva, el procedimiento continúa y tanto la controversia entre las partes como la actividad de la fiscalía subsiste. De esta manera, ninguno de los efectos logrados con el reconocimiento simple de la responsabilidad, se obtiene cuando se produce el reconocimiento condicionado de la responsabilidad; en este tipo de reconocimiento el beneficio carece de justificación y razón de ser, porque la contribución al proceso es prácticamente nula.

Desde luego, el hecho de establecer una diferenciación como la anotada entre los preacuerdos y la aceptación unilateral de cargos con diversas consecuencias, durante un periodo amplio de tiempo que va desde el año 2008 hasta el año 2017, genera una serie de cuestionamientos adicionales en lo que tiene que ver con su justificación principalmente. Por ello, para entender el asunto es necesario hacer un análisis de lo que sucede en el sistema procesal estadounidense en atención a que él es una fuente importante para la estructuración en nuestra ley de los institutos de los preacuerdos y las negociaciones; otro tanto debe hacerse con los sistemas procesales de los países de nuestro entorno.

Los sistemas procesales de los países vecinos

El sistema de los Estados Unidos de América. Lo primero que debe aclararse es que en ese país la estructura del procedimiento penal federal se encuentra plasmada en las *Federal Rules of Criminal Procedure*, promulgadas por la Corte Suprema de Justicia (1946, diciembre 26) en virtud del *Rules Enabling Act of 1934* en materia procesal civil (1934, junio 19) y que fueron ratificadas por el Congreso (1946, marzo 21); esas reglas, adviértase, se aplican a todos los procedimientos penales en las Cortes del Distrito, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ahora bien, en relación con las terminaciones anticipadas por acuerdos y negociaciones (Gómez, 2013, pp. 53 y ss.; Israel *et al.*, 2012, p. 897 y ss.; Velásquez, 2018, pp. 28 y ss.), lo primero que se debe señalar es que en la regla 5 (d)(4) se ordena que las declaraciones del procesado respecto de la aceptación o no de los cargos y, por ende, de la culpabilidad (*pleas*) solo se deben realizar en una etapa del proceso denominada *arraignment* regulada en la Regla 10, luego de un tiempo razonable para que el acusado pueda consultar con su abogado.

Ello implica que se hayan agotado varias etapas procesales, es decir se debe haber dado previamente la *initial appearance* mediante la cual se garantiza la efectividad de los derechos del procesado y se define su libertad durante el proceso; y, según corresponda, la *preliminary hearing* ante el juez o la revisión

del asunto por el *grand jury* en caso de procesos por *indictment*, instancias en las cuales se revisa de manera cuidadosa la existencia de *probable cause* en la comisión del delito. Esto muestra como existen una serie de etapas que permiten que el proceso madure con la investigación e implica que pocos procesos pasen estos filtros y lleguen a juicio, por lo cual cuando se pasa por ellos el fiscal cuenta con los elementos suficientes para llevar el proceso a juicio con garantías de llegar a una condena. Y ello es claro, porque ya se ha demostrado que existe *probable cause* y se ha descubierto el acervo probatorio que va a llevar al juicio.

En estas circunstancias es, pues, posible acudir a la figura de la terminación anticipada del proceso que en Estados Unidos se denomina *plea bargaining system*, que se puede definir como una posibilidad de que la fiscalía y el procesado negocien una terminación rápida del proceso penal mediante la aceptación de la responsabilidad penal por parte del procesado a cambio de beneficios, ya sean relativos al monto de la pena a imponer o a los cargos por los cuales se hará efectiva la condena. Al respecto existen dos posibilidades: una aceptación de culpabilidad simple (*guilty plea*), es decir, un acto unilateral del procesado frente al cual la fiscalía no tiene posibilidad de veto pero tampoco ningún compromiso con respecto a buscar una solución favorable para la defensa y una aceptación de culpabilidad producto de una negociación (*plea agreement*), es decir, un acto bilateral mediante el cual las dos partes negocian la aceptación de la culpabilidad y la fiscalía asume un compromiso con el procesado de otorgarle un beneficio punitivo a cambio de tal aceptación y, añádase, apoyar que el pacto realizado sea efectivamente validado por el juez.

Es decir que, según la regla 11 (a), en la mencionada diligencia de *arraignment* el procesado al realizar su declaración con respecto a la responsabilidad frente a los delitos objeto de *indictment* o *information*, debe pronunciarse en los siguientes términos: declararse no culpable (*not guilty*), culpable (*guilty*) o *nolo contendere*; la declaración de *nolo contendere*, adviértase, implica que el procesado renuncia a su derecho de defenderse y a controvertir los cargos y, por ende, acepta la condena a imponer, pero no admite o niega directamente la culpabilidad de los delitos, incluso al no reconocer culpabilidad no puede ser

usada en un proceso civil como prueba en contra del procesado. Desde luego, se debe advertir que no se explica aquí la forma de aceptación de culpabilidad desarrollada jurisprudencialmente denominada como *The Alford plea* (por haber sido aceptada por la *US Supreme Court* en el caso *North Carolina v. Alford* (1970), por no ser relevante para este trabajo.

Por ello, para que esta aceptación de culpabilidad sea válida, la regla 11 (b) señala tres aspectos que debe revisar el juez: verificar que sea voluntaria, determinar que tenga bases fácticas y asegurarse de realizar al procesado, en audiencia pública y bajo juramento, todas las preguntas y advertencias determinadas en la regla 11 (b) (1) que son: informarle el derecho del gobierno, en una investigación por perjurio o falso testimonio, de usar contra él cualquier declaración que rinda bajo juramento; anunciarle que tiene derecho a no declararse culpable, o habiéndose declarado previamente culpable, de persistir en tal declaración; comunicarle que tiene derecho a un juicio por jurado; y, avisarle que tiene derecho a ser representado por un abogado, sea de confianza o sea nombrado por la corte, en el juicio o en cualquier otra etapa del procedimiento.

Así mismo, tiene otras obligaciones: informarle que en el juicio tiene derecho de confrontar y contrainterrogar a los testigos adversos, de ser protegido de una posible autoincriminación, de testificar y presentar evidencia, y de hacer comparecer a los testigos favorables a su causa; ponerle en conocimiento que renuncia a cada uno de estos derechos al aceptar la culpabilidad, en el caso en el que la corte acepte la misma. Además, explicarle la naturaleza de cada cargo con respecto a los que acepta su culpabilidad; indicarle cuál es la pena máxima posible a imponer, incluyendo prisión, multa, y término de liberación supervisada. También: señalarle, en caso de existir, el monto de la pena mínima obligatoria; enterarlo de cualquier posibilidad de expropiación aplicable; e indicarle sobre la autoridad de la Corte para ordenar restitución a la víctima en caso de ser necesario.

Así mismo, ponerle en su conocimiento la obligación que tiene la corte de imponerle una contribución especial (*US CODE Title 18 Section 3013*);

informarle de la obligación de la Corte de calcular el rango de pena aplicable de acuerdo con las *sentencing guidelines* y otros factores determinados en el (*US CODE Title 18 Section 3553(a)*); enterarlo de cualquier anotación en el documento de *plea agreement* (en caso de existir), en el que se renuncie al derecho de apelar o de atacar colateralmente la sentencia. Incluso, sobre este último documento, *plea agreement*, la regla 11 (c) regula el hecho de que la fiscalía y la defensa pueden discutir y alcanzar un *plea agreement*, mediante el cual —a cambio de la aceptación de culpabilidad por un cargo determinado— la fiscalía se compromete a no abrir un proceso por otros cargos o a retirar aquellos que ya fueren objeto de proceso (Regla 11(c)(1)(A)); recomendar, o comprometerse a no oponerse, a una solicitud de la defensa, de que se aplique al caso una determinada pena, rango de pena o disposición de las *Sentencing Guidelines*, solicitud no vinculante para el juez que revisa el asunto (Regla 11(c)(1)(B)). También, acordar una pena, un rango de pena específico o disposición de las *Sentencing Guidelines* que es aplicable para el caso. El acuerdo al que hace referencia este punto es vinculante para el juez una vez aprobado (Regla 11(c)(1)(C)).

En este punto se debe agregar que en el *US Attorneys Manual* se sostiene que en un *plea agreement*, más allá de lo dispuesto en las reglas federales, se pueden pactar otros asuntos tales como requerir que el procesado se comprometa a cooperar con la fiscalía en la investigación o juicio de un tercero; incluso, en el caso de funcionarios públicos del gobierno, el *US Attorneys Manual* dispone la posibilidad de que se pacte como requisito del *plea agreement* la renuncia al cargo (USAM Title 9. 9-16.001, Criminal Resource Manual 624-625). Así mismo, en el *US Attorneys Manual* (USAM title 9. 9-16.001, Criminal Resource Manual 626), también se hace énfasis en que de acuerdo con la jurisprudencia de la *US Supreme Court* en el texto del *plea agreement* es posible que el procesado renuncie a varios derechos consagrados constitucional y estatutariamente.

De hecho, existe la posibilidad de incluir en el texto del acuerdo una cláusula denominada *appeal waiver provision*, que consagra la renuncia del procesado a apelar la sentencia condenatoria. En cualquier caso, no todos los mo-

tivos de apelación son renunciables a partir de una *appeal waiver provision* pues razones como ataques por ausencia de defensa técnica, condenas sustentadas en la raza o ataque a penas impuestas más allá de los límites estatutarios, son susceptibles de apelación aun existiendo en el *plea agreement* una cláusula de renuncia al derecho a apelación. Adicionalmente, en el capítulo seis, sección 6B1.4., del *Guidelines Manual* (Guidelines Manual, Chapter six, Part B. Plea Agreements) se aclara que el texto del *plea agreement* puede ir acompañado de una estipulación escrita de los hechos relevantes para la sentencia. En ella se deben incluir los hechos y las circunstancias del delito realmente acaecido, las características de su perpetrador, las razones por las cuales el rango de pena propuesto es adecuado y los hechos en los cuales las partes no están de acuerdo que no quedan estipulados; en ese sentido las estipulaciones no deben incluir hechos erróneos o engañosos. Ellas no son vinculantes para el juez, pero de cualquier forma son una guía a ser valorada de acuerdo con el *presentence report*.

Una vez descubierto el acuerdo ante la corte en audiencia pública, es el juez quien entra a realizar la valoración en torno a si acepta o no el mismo. En este punto es necesario tener en cuenta que en los casos de los *plea agreements* contemplados en las reglas 11 (c)(1)(A) y 11 (c)(1)(C), el juez tiene la facultad de aceptar el acuerdo o de rechazarlo, si bien puede diferir la decisión hasta haber revisado el *presentence report* (FRCP Regla 32 (c) y (d); *Sentencing Guidelines - Capítulo 6 - Sección A1.2.*). Por el contrario, en el caso regulado en la Regla 11 (c)(1)(B), en la medida en que un *plea agreement* de este tipo no es vinculante para la Corte, esta, antes de aceptarlo, tiene el deber de informar al procesado que una vez ratificado el acuerdo no tendrá derecho a retirarlo aun cuando el juez no se adhiera a lo recomendado o solicitado y tome una decisión diferente y más gravosa.

Ahora bien, si el *plea agreement* es aceptado se le debe informar al procesado que lo dispuesto en el mismo será incluido en la sentencia; por el contrario, si el *plea agreement* es rechazado el juez en audiencia pública tiene la obligación de informar a las partes que la corte no lo acepta, informar personalmente al procesado que la corte no tiene la obligación de seguir los

términos del acuerdo y, agréguese, darle la oportunidad de que retire su *guilty plea*; también, informarle al procesado que si no retira su aceptación de culpabilidad la Corte tiene la facultad de imponer al caso una sanción más gravosa de la contemplada en el *plea agreement*. En ese sentido, pues, se debe indicar que el procesado puede retirar su aceptación de culpabilidad antes de que la misma sea admitida por el juez, en cualquier momento y por cualquier razón; sin embargo, con posterioridad a la revisión del juez solo la puede retirar si el mencionado funcionario rechaza el *plea agreement* o si el defendido logra demostrar una razón válida para que la declaración pueda ser retirada. De cualquier forma, una vez se impone la condena, el procesado no puede retirar su declaración de *guilty* o *nolo contendere*, y esta definición podrá ser atacada solamente en sede de apelación o a través de un ataque colateral.

Ahora bien, entendiendo cómo es la situación en los Estados Unidos se puede concluir que la institución de la terminación anticipada tiene una estructura clara, completa y precisa, no obstante lo cual hay una serie de etapas en el proceso que no fueron tenidas en cuenta en el ordenamiento jurídico colombiano por lo cual su ausencia genera fisuras importantes en el sistema penal, principalmente en términos de efectividad de garantías para el procesado.

Los países latinoamericanos. Si se analiza la situación en los países vecinos se ve como en casi todos ellos los legisladores, acorde con su tradición jurídica o en todo caso tratando de ser consecuentes con la misma, en vez de implantar figuras del sistema del *common law* optan por introducir procedimientos especiales de la mano de las conformidades del sistema continental (sobre ello, Velásquez, 2018): Así, en Argentina existen el acuerdo parcial del art. 291, el acuerdo de juicio directo del art. 292 y el procedimiento en casos de flagrancia del art. 292 bis y ss. (CPP Argentina); en Bolivia, se desarrollan esos institutos con el procedimiento inmediato de los arts. 393 bis y ss. (CPP Bolivia), también, en Brasil con su procedimiento sumario de los arts. 531 y ss. (CPP Brasil). En Costa Rica, con su procedimiento abreviado de los arts.

373 y ss. y el procedimiento expedito para los delitos de flagrancia de los arts. 422 y ss. (CPP Costa Rica).

Otro tanto sucede en Cuba con el procedimiento sumarísimo de los arts. 479 y ss. y el procedimiento abreviado de los arts. 481 y ss. (CPP Cuba). En Chile, con el proceso monitorio del art. 392, el simplificado de los arts. 393 y ss. y el abreviado de los arts. 406 y ss. (CPP Chile). En Ecuador el procedimiento abreviado de los arts. 369 (CPP Ecuador); en Guatemala, con su procedimiento abreviado de los arts. 464 y ss. y el procedimiento simplificado de los arts. 465 bis y ss. (CPP Guatemala). De igual manera, en el Salvador con el procedimiento abreviado de los arts. 417 y ss. y el procedimiento sumario de los arts. 445 y ss. (CPP El Salvador); en Honduras el procedimiento abreviado de los arts. 403 y ss. y el expedito para delitos en flagrancia del 440A. (CPP Honduras).

Agréguese en México el procedimiento abreviado de los arts. 201 y ss. (CPP México); en Nicaragua no hay procedimiento especial, pero se establece la admisión de los hechos en el art. 271 que debe ser verificada, de ser necesario, y finaliza con una audiencia de pruebas y alegatos de las partes relativa a la sentencia a imponer, pero no menciona nada relativo a beneficios (CPP Nicaragua). En Panamá, existen el procedimiento simplificado de los arts. 454 y ss. y el procedimiento directo de los arts. 461 y ss. (CPP Panamá); en el Paraguay el procedimiento abreviado de los arts. 420 y ss. (CPP Paraguay). En Perú concurren el procedimiento inmediato de los arts. 446 y ss. y el proceso de terminación anticipada de los arts. 468 y ss. (CPP Perú); en República Dominicana el procedimiento penal abreviado con acuerdo pleno y acuerdo parcial de los arts. 363 y ss. (CPP República Dominicana). Además, en Uruguay se prevé el procedimiento abreviado de los arts. 272 y ss. y el procedimiento simplificado de los arts. 465 bis y ss. (CPP Uruguay); y, en Venezuela se regula el procedimiento abreviado de los arts. 372 y ss. y el procedimiento por admisión de los hechos de los arts. 376 y ss. (CPP Venezuela).

Desde luego, lo llamativo de todo ello es que el único país en el cual se regulan las alegaciones preacordadas —aparte de Colombia— es el Estado Li-

bre y Asociado de Puerto Rico en su regla 72 de las reglas de Procedimiento Criminal; sin embargo, en ninguno de ellos, ni siquiera en las previsiones de los Estados Unidos, ya examinadas, se regula una obligación como la consignada en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 llamada a generar los mayores inconvenientes a la hora de establecer si la aceptación unilateral hace parte o no de los acuerdos.

La justicia negociada en Colombia

Por lo anterior se hace necesario analizar las actas de la Comisión Constitucional Redactora creada por el Acto Legislativo 003 de 2002 (Vargas, 2002); sin embargo, en ninguna de ellas se mencionaba nada al respecto. Por ende, fue necesario revisar las actas del Congreso y se pudo establecer que se discutió esa condición en la sesión del 16 de diciembre de 2003, cuando debatieron sobre el asunto los miembros de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes (Gaceta del Congreso N.º 17, 2004). Al respecto y por considerarlo de gran importancia para entender cómo se estableció en la Ley 906 de 2004 se transcriben los apartes pertinentes a su introducción:

El señor Presidente concede el uso de la palabra al honorable Representante Javier Ramiro Devia: Gracias señor Presidente, es que en las reuniones que hicimos los ponentes, hay un tema que tiene que ver y propuesto por el doctor Reginaldo y con el mismo principio de oportunidad, que tiene que ver con los bienes producto del ilícito, considerábamos que por ejemplo cuando se trata de un peculado, debía establecerse una norma que para entrar a una negociación preacordada o hacer uso del principio de oportunidad, la persona tuviera que hacer referencia y el acuerdo a la devolución de los dineros producto del mismo ilícito; porque en el Código no se había propuesto, inicialmente pues eso tuvo alguna acogida, encargamos al doctor Jesús Ignacio García, de que revisara algo el tema y en legislación comparada y yo quisiera antes de que se aprobara esta parte que el doctor Jesús Ignacio García, nos hiciera una referencia a ello, además el doctor Germán Navas Talero, ha venido inquieto con el tema, creo que él también tiene algunas observaciones sobre ello y antes de proceder a la aprobación de este bloque de artículos, yo quisiera que se tratara un poquito el tema, gracias señor Presidente.

El señor Presidente da el uso de la palabra al honorable Representante Germán Navas Talero, para referirse al artículo 109, 110 y 111: Es que la inquietud que tiene el doctor Devia, a mí también me preocupa en cuanto a la posibilidad de que la Fiscalía negocie sin que sea devuelto el dinero que ha perdido el Estado, no quedó la limitante en estas situaciones, cuando el Estado fue afectado, cuando hay bienes del Estado de por medio, no habrá lugar a ninguna negociación con él hasta que no haya la devolución, eso es lo que me decía el doctor Devia y yo lo encuentro ajustado, gracias.

Y luego se añade:

Con la venia de la Presidencia, interviene el honorable Representante Jesús Ignacio García: Sí, gracias señor Presidente, no la verdad es que se ha discutido sobre el particular, que hay casos en los cuales perfectamente puede operar el comiso y en la medida que el comiso opere, los bienes por ejemplo en el caso que pone como ejemplo el doctor Devia, un peculado, si operó el comiso por ejemplo la plata que sacó a una cuenta y se pudo detectar la cuenta y se pudieron decomisar esos dineros, pues en ese caso no habría digamos ningún inconveniente con los bienes; pero hay otros casos donde los bienes se pueden haber dispuesto, que era tal vez lo que planteaban en la discusión que se adelantó dentro de la Comisión y se decía que en lugar de poner al Estado a adelantar toda una actuación, todo un proceso por ejemplo de recuperación de bienes, pues que sería también práctico que dentro de la negociación el Fiscal le dijera bueno, yo les voy a rebajar la pena o le voy a cambiar la calificación o le voy a hacer un cargo menor, pero restituya los bienes que han sido producto del delito. Bueno, pues obviamente que en esos temas también necesitamos escuchar cuál es el concepto que la propuesta les establece la Fiscalía.

[...] *El señor Presidente concede el uso de la palabra al honorable Representante Reginaldo Montes:* Doctor Devia, quiero que quede en el Acta de esta sesión, la constancia de la inquietud que usted ha expresado ya en tres oportunidades en la mesa de ponentes y con funcionarios de la Fiscalía General de la Nación. Estamos casi que en la obligación, el doctor Zamir Silva manifestó su solidaridad con este tema, tiene casos concretos, coherentes, decisivos de lo que significa un enorme detrimento patrimonial para el Estado colombiano, en el supuesto caso de que quede cualquier tipo de vacío por esto, entonces será nuestra preocupación doctor Javier Ramiro Devia, usted como coponente de que actuemos y dejemos una norma expresa con relación a esta materia.

Es más, se agrega lo siguiente:

El señor Presidente concede el uso de la palabra al señor Fiscal General de la Nación: Es que quería decir que coadyuvo la inquietud del Representante Devia, porque me

parece muy importante que quedara un mecanismo de recuperación de los dineros en cualquier forma, claro que aquí se me dice que intento de la discusión se dijo que había para eso la acción de extinción de dominio, pero si mucho más rápido se puede aquí obtener, me parece que debíamos estudiarla para marzo, que simplemente quede abierto dentro del análisis del artículo.

El señor Presidente da el uso de la palabra al honorable Representante Jesús Ignacio García: Gracias, señor Presidente, me parece a mí que el tema de las negociaciones está referido a la responsabilidad penal, el doctor Devia siempre ha planteado el tema como vinculado con la negociación, con las negociaciones preacordadas, entonces pienso que debería quedar al menos una proposición, así sea negada, tratando el tema para que haya la oportunidad de estudiarlo en el futuro, porque si las negociaciones preacordadas están simplemente enfocadas a hallar la responsabilidad penal, luego cuando se diga que la negociación también puede comprender la restitución de los bienes, van a decir no, pues es que esa proposición no fue votada en primer debate. Entonces necesariamente habría que someter algo, no sé si el doctor Andrés nos podría ayudar ahí con alguna redacción, bien sea para que se niegue o para que se apruebe si la Comisión considera que esta satisface la propuesta que ha hecho el doctor Devia, con el fin de que el tema no se nos vaya a quedar sin estudiarlo, con el fin de que el tema quede vivo hacia el futuro.

...El señor Presidente concede el uso de la palabra al honorable Representante Reginaldo Montes: Gracias, señor Presidente, había una preocupación expuesta por el doctor Javier Ramiro Devia, el artículo que tiene que ver con el principio de oportunidad y los acuerdos o negociaciones, el doctor Telésforo Pedraza también manifestó su solidaridad y el doctor Roberto Camacho, con este tema y el doctor Germán Navas Talero. Con la Fiscalía se concertó un texto y se decidió incorporarlo como artículo 386-A, es un artículo nuevo: Improcedencia del principio de oportunidad, acuerdos o negociación con el imputado o acusado. Se lo quiero entregar al señor secretario para que se sirva leerlo y quede incorporado al Acta.

Secretario: Proposición Aditiva: artículo 386-A, nuevo: Improcedencia del Principio de Oportunidad, Acuerdos o Negociación con el imputado o acusado: En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá aplicar el principio de oportunidad o adelantar cualquier tipo de negociación con la Fiscalía o acceder a beneficio, hasta tanto no se reintegre el valor equivalente al incremento percibido. Tratándose de bienes del Estado, la Contraloría General de la República deberá acreditar la restitución. Ha sido leído el artículo nuevo 386-A.

Presidente: Leído el artículo nuevo 386-A, se abre la discusión, ¿lo aprueba la Comisión?

Secretario: Ha sido aprobado, señor Presidente.

De esta forma, lo que se presenta en el ordenamiento jurídico no es otra cosa que una mezcla de aspectos disímiles que ha hecho difícil su entendimiento y aplicación durante estos quince años de vigencia del sistema penal de tendencia acusatoria. En efecto, en relación con la primera oportunidad que tiene el procesado para la aceptación de los cargos y a pesar de ser considerado como un mero acto de comunicación, se observa una mezcla de elementos de las audiencias estadounidenses que involucra el *initial appearance* (verdadero acto de comunicación del caso existente contra el procesado), *preliminary hearing* (oportunidad en la cual el juez analiza si la acusación de la fiscalía tiene mérito y existen elementos para demostrar que existe *probable cause*, a partir de un debate probatorio sumario entre defensa y fiscalía) y *arraignment* (que es el espacio donde es posible la aceptación de cargos, aunque en Colombia el sistema de rebajas se encuentra estrictamente establecido en la ley). Desde luego, esta necesaria compactación pone de presente que se produce una evidente merma en las garantías de los procesados quienes deben decidir, con muy poco margen de tiempo y sin los elementos necesarios, si aceptan o no los cargos, lo cual genera no solo el peligro de fomentar aceptaciones de culpabilidad sin una base fáctica y probatoria suficiente, sino que dificulta el derecho de defensa dado el escaso tiempo que se otorga.

Adicional a ello, la falta de un entendimiento claro por parte de los operadores judiciales sobre lo que significa un preacuerdo, un acuerdo, unas negociaciones y una aceptación unilateral, ha supuesto que al tratar de precisar los alcances de la Ley 906 de 2004 en esta materia se construyan instituciones que, al ser interpretadas de manera aislada y descontextualizada, generen salidas contradictorias con lo cual se alientan la inseguridad y la impunidad. Ahora bien, si se avanza un poco se ve como la propia regulación de los acuerdos es confusa porque no es suficientemente claro el texto legal al indicar cuáles serían los posibles beneficios del procesado derivados de la aceptación de su culpabilidad.

Así, de la lectura pacífica del art. 350 parece deducirse que los beneficios obtenidos son: a) la posibilidad de aceptar los cargos correspondientes al delito imputado, o a un delito relacionado con una pena menor; b) adicional a lo

anterior, la eliminación de una causal de agravación punitiva o un cargo específico, o la tipificación de la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena. Al respecto debe decirse que una alegación conclusiva de la fiscalía solo se puede dar en la parte final del juicio oral y en el ordenamiento jurídico nacional solo se permite celebrar acuerdos hasta el interrogatorio inicial del procesado en el juicio oral; por ende, en los casos en que se celebren acuerdos no habrá tipificación de la conducta en los alegatos finales, pues nunca se llega al momento procesal de estos alegatos. Es por ello, pues, que esta posibilidad se debe entender en relación con un compromiso de realizar un alegato favorable por parte del fiscal, pero en la audiencia de individualización de pena y sentencia.

A su vez, de la lectura del artículo 351 es viable considerar como posibles beneficios del acuerdo, los siguientes: a) la rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer (que se reduce dependiendo del momento procesal en que se realice); b) la posibilidad de llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias que, de ser favorable en relación con la pena, sería el único beneficio que se puede conceder. Se observan, pues, evidentes contradicciones en los beneficios de ambos artículos y vacíos y situaciones que no se dan en la práctica; es más, la falta de claridad y sistematicidad genera indeterminaciones frente a los beneficios que, efectivamente, pueden derivarse de un preacuerdo dando lugar a diversas posibles interpretaciones. Es por ello, adviértase, que la Fiscalía General de la Nación (Directiva 001, 2006) interpreta esta indeterminación normativa y plantea la política de beneficios de una manera más clara y armónica; al respecto se establece, entonces, que los acuerdos solo pueden versar sobre los términos de la imputación o la pena a imponer.

Obsérvese: a) En cuanto a los términos de la imputación, ellos pueden ser relativos a: 1) la modificación de la tipificación objetiva de la conducta para generar una rebaja en la pena, siempre y cuando no se modifiquen la esencia de la conducta, el objeto material y los sujetos activos y pasivos; 2) la eliminación de agravantes específicos o el reconocimiento de atenuantes generales y específicas. Así mismo, 3) acordar formas más benignas de intervención en la conducta punible que impliquen rebajas punitivas, siempre y cuando no se

varíe la calificación de la conducta punible; 4), excepcionalmente, sobre la indeterminación jurídica y probatoria, también podrá negociarse el contenido del aspecto subjetivo del tipo (dolo, preterintención y culpa) por una forma menos grave. Y, 5), sobre la base de la indeterminación jurídica y probatoria en torno al carácter vencible o invencible de un error, podrá pactarse el mismo como vencible (Directiva 001, 2006). b) En lo correspondiente a la pena a imponer la directiva de la fiscalía plantea que, además de las rebajas de penas contempladas legalmente, en los preacuerdos se puede pactar la concesión de mecanismos sustitutivos de la prisión (Directiva 001, 2006).

Así las cosas, el análisis normativo de las aceptaciones de culpabilidad y la audiencia de formulación de imputación, brindan un panorama general en torno a la forma como se adaptaron estas instituciones en nuestro ordenamiento jurídico y ello muestra como su estructura y contenido no son los propios de los sistemas como el estadounidense con una mayor tendencia acusatoria. Y, si a ello se le suma la condición establecida del artículo 349 que, como se pudo ver, nació fruto de las inquietudes de algunos congresistas quienes planteaban modificar al principio de oportunidad por entenderlo como un instituto abarcante de la justicia negociada, lo que se presenta es una transmutación disfuncional de elementos acusatorios y propios, que generan instituciones débiles en términos de garantías procesales y proclives a condenas carentes de todo sustento, esto para no mencionar las diversas problemáticas que deben enfrentar los funcionarios judiciales y hasta los ciudadanos en cuanto a su entendimiento y aplicación.

Conclusiones

En la exposición precedente se muestra el panorama existente al momento de expedirse la sentencia del 27 de septiembre de 2017, con radicado 39831, en relación con los acuerdos y negociaciones. Así mismo, como se ha podido poner de manifiesto, la decisión de la Corte se enmarca dentro de una serie de problemas y dificultades suscitadas por la forma como en el derecho positivo

se han introducido los preacuerdos y las negociaciones como elementos de la justicia negociada, a saber:

En primer lugar, el hecho de introducir figuras propias de sistemas no regidos por el principio de legalidad y sí por el de oportunidad genera fricciones en países legalistas como Colombia; en este caso, el hecho de adoptar parcialmente los institutos de la justicia negociada aparte de limitar las garantías del procesado también riñe con postulados legalistas y da lugar a arbitrariedades normativas.

En segundo lugar, es claro que existen aceptaciones simples y condicionadas y que algunas pueden ser unilaterales o pueden ser fruto de negociaciones. Lo importante es aclararlo y establecer consecuencias que no sean contradictorias buscando la lógica del sistema. Además, en tercer lugar, al introducir el Título II, «Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o Acusado», y un Capítulo Único donde se introdujeron indistintamente figuras con características y consecuencias distintas, el legislador creyó uniformarlas. De ahí que, por ejemplo, en la aceptación unilateral al poner en el artículo 351 luego de la consecuencia (*una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible*) la palabra **acuerdo**, haya considerado que aclaraba y uniformaba las figuras de ese capítulo.

También, en cuarto lugar, esas diferenciaciones que fueron uniformadas y no suficientemente aclaradas, posibilitaron la modificación jurisprudencial contenida en la providencia en examen en virtud de la cual se entiende que la diferencia entre el «allanamiento» —como expresión de la justicia premial y manifestación unilateral del procesado— y los acuerdos —que corresponden al ámbito de la justicia consensuada—, permiten que la prohibición del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 opere solo respecto de los mecanismos de la justicia consensuada, es decir, no se aplica para los eventos de aceptación unilateral de cargos, entendida esta figura como una de las manifestaciones de la justicia premial.

Además, en quinto lugar, no se tuvo en cuenta que esta interpretación aislada en el contexto de un sistema integral creó un incentivo perverso. Es

más, no es posible que la misma ley establezca beneficios claramente contrapuestos llamados a generar una notoria desigualdad en la aplicación de la ley y a incentivar prácticas contrarias al espíritu de la misma. Es claro, entonces, que con ese punto de partida los involucrados en un proceso penal claramente van a actuar buscando maximizar sus posibilidades de salir bien librados y persiguiendo sus propios intereses, en el marco establecido por el código procesal penal (Lamadrid, 2018, pp. 256 y ss.). En estas circunstancias, como ya se indicó, la interpretación consignada en la jurisprudencia anterior a la emisión de la sentencia en comento daba la posibilidad de cometer un ilícito penal, obtener un beneficio patrimonial, aceptar la responsabilidad, obtener una pena disminuida y no devolver nada relativo a ese incremento, lo que desincentivaba la negociación y el esclarecimiento de los hechos ya que ello sí implicaba la devolución del incremento. Adicional a ello fomentaba una cultura de la criminalidad en un análisis pragmático de costos y beneficios.

Por lo anterior la modificación jurisprudencial, o si se quiere, el retorno a la jurisprudencia anterior que supone la sentencia en comento sin duda fue una decisión acertada dado que, así se entienda que las instituciones son distintas, el legislador consideró agruparlas y etiquetarlas de igual forma por lo cual para entender de una manera integral y armónica del ordenamiento jurídico era necesario que las consecuencias tuvieran que ser asimilables. Al respecto, téngase en cuenta que ya algunos tribunales han aplicado el retorno a la jurisprudencia anterior en la misma línea de proclamado en la decisión aquí comentada (TSD-Montería, 2018, abril nueve; TSD-Cali, 2018, abril 23).

Así mismo, esta sentencia muestra claramente el choque entre la lógica que guía a la justicia penal negociada en su sistema propio, el estadounidense, donde se parte de presupuestos de oportunidad y razonabilidad, junto con una amplia discrecionalidad del Ministerio Público y nuestro sistema, derivado de la tradición continental, legalista y formalista, que pretende restringir el marco de decisión de los funcionarios judiciales mediante normas que lo regulan estrictamente.

De igual forma, dada la existencia de esos elementos contradictorios y de los desarrollos de las instituciones de terminación anticipada en nuestro ordenamiento, es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional la herramienta idónea para lograr su modulación y entendimiento en el necesario proceso de transformación y consolidación. Es más, junto a ello, si se propende realmente por una preponderancia de esas herramientas para que se aumenten los procesos que terminen de manera anticipada, es fundamental que se amplíen las garantías que se deben tener en cuenta en esta etapa para evitar el ejercicio arbitrario del poder punitivo; ello implica un deber de descubrir y someter a contradicción los elementos de prueba necesarios para sustentar el caso, tal y como lo hace la fiscalía estadounidense con la *preliminary hearing* y con la presentación del caso ante el *grand jury*.

Todo ello, téngase en cuenta, para ser consecuentes con las finalidades establecidas en la propia ley procesal penal (Ley 906, 2004, art. 348) cuando reclama como meta de esos institutos la de «humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito»; y añade: «propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso».

En cualquier caso, no se debe olvidar que este cambio de rumbo jurisprudencial comporta para los condenados una situación mucho más desfavorable que afecta, de manera notable sus derechos, dado que ellos accionaron y se comportaron procesalmente dentro de un marco legal y jurisprudencial distinto al que surge de la providencia en comento; ese asunto que es vital, porque se habla de las garantías de las personas, ha debido ser tenido en cuenta por el pronunciamiento en examen, porque con la decisión en estudio las rebajas punitivas que finalmente se les concedieron fueron inferiores a las existentes al momento en el cual ellos decidieron acudir a la justicia negociada.

Referencias

- Acto legislativo 03 de 2002. Por el cual se reforma la Constitución Nacional. *Diario Oficial* No. 45.040, Congreso de la República de Colombia, diciembre de 2002 [Colombia].
- Código de Procedimiento Penal Argentina. Recuperado de http://leyes-ar.com/codigo_procesal_penal.htm (revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Bolivia, recuperado de <http://www.procedimientopenal.com.bo/> (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Brasil, recuperado de http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529749/codigo_de_processo_penal_1ed.pdf (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Costa Rica, recuperado de <https://www.cgr.go.cr/03-documentos/normativa/ley-reg.html> (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Cuba, recuperado de <http://www.wipo.int/edocs/lex-docs/laws/es/cu/cu057es.pdf> (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Chile, recuperado de http://leyes-cl.com/codigo_procesal_penal.htm (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Ecuador, recuperado de <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-> (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Guatemala, recuperado de <https://www.congreso.gob.gt/consulta-legislativa/decreto-detalle/?id=1220> (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Salvador, recuperado de <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/2F77458E-8847-4308-BE65-58A3D7A5D52A.pdf> (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Honduras, recuperado de <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CodigoProcesalPenal-Mayo2018.pdf> (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal México, recuperado de https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_anexo22.pdf (revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Nicaragua, recuperado de <https://nicaragua.justia.com/nacionales/codigos/codigo-procesal-penal-de-la-republica-de-nicaragua-dec-21-2001/gdoc/> (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Panamá, recuperado de <http://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/multimedia/2016/09/Codigo-Procesal-Comentado-versi%C3%B3n-2018.pdf> (Revisado última vez 20/10/2018).

- Código de Procedimiento Penal Paraguay, recuperado de [https://www.ministeriopublico.gov.py/userfiles/files/Paraguay_Codigo_Procesal_Penal \(1\).pdf](https://www.ministeriopublico.gov.py/userfiles/files/Paraguay_Codigo_Procesal_Penal (1).pdf) (revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Perú, recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPROCESALPENAL.pdf (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal República Dominicana, recuperado de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_repdom_codpp.pdf (revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Uruguay, recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014> (revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Venezuela, recuperado de http://www.asambleanacional.gob.ve/leyes/_codigo-organico-procesal-penal (Revisado última vez 20/10/2018).
- Cámara de Representantes, Comisión Primera Constitucional Permanente (2003, diciembre 16). Acta 29.
- Constitución Política (1991, julio 7) [C. N.]. El Pueblo de Colombia [Colombia].
- Directiva 001 (2006, septiembre 28). Fiscalía General de la Nación.
- Federal Rules of Criminal Procedure (1944, diciembre 26). Recuperado de <http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp> (revisado última vez 20/10/2018).
- Gómez, J. L. *et al.* (2013). *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Israel, J. H.; Kamisar, Y.; Lafave, W. R. y King, N. J. (2012): *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio*, trad. J. L. Gómez *et al.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lamadrid, M. (2018), *El principio de oportunidad. Herramienta de Política Criminal*, Bogotá D. C.: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Ley 906 (2004, agosto 31). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial* N.º 45658 de 31 de agosto de 2004. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Real Academia Española (2017). Diccionario de la lengua española. Recuperado de <http://www.rae.es/> (revisado última vez 20/10/2018).
- Reglas de Procedimiento Criminal del Estado Libre y Asociado de Puerto Rico, recuperado de <http://www.ramajudicial.pr/leyes/Reglas-de-Procedimiento-Criminal.pdf> (revisado última vez 20/10/2018).
- República de Colombia. Gaceta del Congreso N.º 17 (2004). Bogotá: Imprenta Nacional.

- Rules Enabling Act of 1934 (1934, junio 19). recuperado de <http://www.legisworks.org/congress/73/publaw-415.pdf>.
- Sentencia C-1260 (2005, diciembre 5). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Clara Inés Vargas Hernández, Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-091 (2006, febrero 10). Acción de tutela. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-059 (2010, febrero 3). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-302 (2013, mayo 22). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia radicado 21347 (2005, diciembre 14), Recurso extraordinario de casación. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia radicado 25306 (2008, abril 8), M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia radicado 015201103996 (2018, abril 23). Recurso de apelación, M. P. Víctor Ramón Díaz Castro. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Sala de Decisión Penal [Colombia].
- Sentencia radicado 199-2014-00972 (2018, abril 9). Recurso de apelación. M. P. Víctor Manuel Chaparro Borda. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal [Colombia].
- United States Attorney's Manual. Department of Justice, USA, Recuperado de http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/index.html. (Revisado última vez 20/10/2018).
- United States Sentencing Commission. *Federal Sentencing Guidelines Manual*. Recuperado de http://www.ussc.gov/Guidelines/2010_guidelines/index.cfm (Revisado última vez 20/10/2018).
- US Attorneys Manual* (1988). Recuperado de <https://www.justice.gov/archive/usao/usam/1988/title1general.pdf>.
- US Code. Recuperado de <http://www.law.cornell.edu/uscode/text>, (Revisado última vez 20/10/2018).
- US Supreme Court en el caso North Carolina v. Alford (1970). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/25/>. (Revisado última vez 20/10/2018).
- Vargas, E. X. (2002). *La Reforma Constitucional de la Justicia Penal*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia.
- Velásquez, F. (2018). *La Justicia Penal: legalidad y oportunidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

IV

Reseñas y recensiones

Ambos, K. (2018). *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, 5ª. Edición. München: C. H. Beck. 742 pp.

*Fernando Velásquez Velásquez**

Cuatro años después de la cuarta edición (y doce desde la primera, en la cual se recogen estudios previos del autor que se remontan hasta su trabajo de habilitación de 2001, publicado en 2002) aparece esta nueva entrega del muy importante texto del profesor de la Universidad de Göttingen, Alemania, Kai Ambos quien, a no dudarlo, se ha consolidado como el más importante estudioso y exponente académico de las problemáticas asociadas con el derecho penal en el plano internacional, de la época contemporánea. Así, por lo demás, lo ha entendido la prestigiosa y antigua Editorial C. H. Beck (fundada en 1763) cuando ubica el texto dentro de su colección destinada a los grandes tratados sobre materias específicas, que ella reserva solo para las obras de gran envergadura y que suponen un tratamiento a profundidad y de conjunto en torno a materias trascendentales; por ello, pues, el formato y la estructura de la publicación son ahora distintos y los propios de esa línea de publicaciones.

La obra así concebida, tiene una tabla de contenido muy bien creada que se ha mantenido a lo largo de sus diversas apariciones donde —a la usanza de este tipo de trabajos alemanes— cada una de las tres partes de las cuales se ocupa se divide en párrafos que se corresponden con los respectivos acápites y estos se clasifican, a su vez, en literales y numerales, con un texto signado de números marginales. Contiene, además, treinta y un cuadros que explican la estructura de las diversas problemáticas; una rica sección de las abreviaturas utilizadas expuesta en 18 páginas y, lo que es más importante, una sección

* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda; correo: fernando.velasquez@usa.edu.co.

reservada a las referencias bibliográficas atinentes a los trabajos de conjunto contenida en 24 páginas, donde se aprecian casi 700 investigaciones extraídas de por lo menos cinco idiomas diferentes. También, al comienzo de cada capítulo se cita la bibliografía especializada en esas mismas lenguas a veces acompañada de una exposición basada en los casos más relevantes y adornada con muy ricos y bien elaborados pie de página, que dan cuenta al lector del estado actual de la discusión en cada uno de los asuntos tratados. Al final, en 28 páginas, aparece el registro de las decisiones de diversos tribunales cuya jurisprudencia es citada a lo largo y ancho, acompañado de un muy pulido y bien logrado índice de materias.

Llama la atención, por supuesto, que con el título de *Internationales Strafrecht* (que se ha traducido por muchos como «Derecho Penal Internacional») la obra le dé cubrimiento a tres problemáticas diversas (el Derecho de aplicación de la pena; el Derecho penal de gentes, que originariamente se llamó en español como «derecho internacional penal» —con sus componentes sustantivos y procesales—, y el Derecho penal europeo), que se compendian en trece capítulos, todo ello como para reiterar que los alcances de esa pretendida nueva rama del derecho (que sería mejor concebir como parte del derecho internacional mas no del derecho penal) no es del todo claro entre sus expositores, quienes la utilizan en sentidos y con contenidos diversos y hasta disímiles. La misma exposición del catedrático germano, que no se detiene en estos específicos tópicos metodológicos —que bien podrían debatirse a mayor profundidad en los trabajos venideros de los académicos que ocupan sus investigaciones en estos asuntos—, así lo evidencia cuando llama al Derecho penal de gentes como el «propio» Derecho penal internacional.

Así las cosas, en atención a la forma como el autor redacta —en un idioma alemán claro y directo— y sistematiza la obra y al tratamiento que hace de los diversos problemas que plantea esta disciplina, enfrente a los cuales él asume siempre una posición propia y señala nuevos rumbos para la discusión, un texto como el examinado está llamado a ser pionero y a jalonar la discusión futura. Él, es seguro, va a marcar muy importantes desarrollos que van a animar la cuestión en el mundo germano en medio del dinámico y extraor-

dinario desarrollo de estos asuntos —y así lo advierte el profesor Ambos en su prólogo— que augura, cada día, nuevos y más fructíferas construcciones.

Pero no se crea que la obra está solo llamada a liderar el debate alemán; en efecto, la traducción de casi todos los trabajos del reputado profesor al español mucho ha contribuido al avance del asunto entre los países hispanoparlantes y, para acabar de ajustar, la publicación en lengua inglesa de su gran *Treatise on International Criminal Law* en tres tomos (2013-2016), por parte de la prestigiosa Universidad de Oxford, auguran que la influencia de sus enseñanzas también está llamada a permear el debate anglosajón en estas precisas realidades, máxime si se tiene en cuenta que el idioma inglés es una herramienta de primer orden para la discusión global en estas materias.

Por supuesto, es de esperarse que pronto el público de habla hispana —y también el de otras latitudes— pueda tener a su alcance y de forma completa este instrumento académico que mucho ayudaría al necesario debate nacional, sobre todo en países como Colombia (un país muy querido por el gran expositor alemán que lo visita desde muy joven cuando, apoyado en las realidades colombiana, boliviana y peruana, confeccionó su tesis doctoral sobre el control de drogas que tuvo el honor de prologar en su edición en nuestra lengua) que afrontan difíciles conflictos y que, con base en herramientas propias de la justicia transicional, trata de apuntalar un proceso de cara a lograr una paz cada vez más esquiva y lejana, sobre todo porque los caminos escogidos se pretenden instalar sobre una base social, económica y política, cargada de desigualdades y de injusticias.

Se olvida, pues, que la evocada paz no es solo la que brindan los tribunales de justicia mediante la utilización de las herramientas jurídicas excepcionales sino la surgida de una convivencia armónica que les brinde a todos los hombres iguales oportunidades para construirse como seres humanos en los diversos planos; y ello, por supuesto, no será posible mientras la sociedad 20:80 siga hundiendo en la miseria a cientos de millones de personas en medio de organizaciones sociales neoliberales que hacen concentrar el poder económico y político en unos pocos, con la prédica de un utilitarismo des-

enfrenado que menosprecia al hombre y privilegia al gran capital. Esto es, se hace referencia a esa teoría de las prácticas político-económicas para la cual la mejor manera de promover el bienestar de los seres humanos es no impedir el libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo, todo ello en un marco institucional caracterizado por los derechos de propiedad privada, los mercados fuertes y la libertad de comercio; de allí que como dicen los estudiosos al estilo de David Harvey, el papel del Estado sea crear y preservar el marco institucional apropiado para el desarrollo de estas prácticas.

Esta obra, pues, tiene mucho que decir en el plano jurídico propio del derecho internacional y sus desarrollos van a continuar vigorosos en el futuro próximo; sin embargo, sus lectores la tienen que poner en el contexto de las actuales sociedades globales para entender que el cambio añorado también tiene otros componentes distintos al jurídico, sin los cuales las luchas emprendidas están comprometidas o cuando menos perdidas como sucede en nuestros países.

Posada, R. (2017). *Los cibercrímenes: un nuevo paradigma de criminalidad. Un estudio del Título VII bis del Código penal*. Bogotá: Universidad de los Andes-Ibáñez, 482 pp.

*Juan David Jaramillo Restrepo**

El libro objeto de la presente reseña fue elaborado por el Profesor Ricardo Posada Maya, Director del Área de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia), y cuenta con el prólogo de la Profesora Laura Zúñiga Rodríguez y ha sido dedicado a su «maestro, Fernando Velásquez Velásquez, con el aprecio y la admiración de siempre». El trabajo se divide en cinco partes: en la primera, se presenta la obra (pp. 15-17); en la segunda, se realiza «una aproximación a los delitos informáticos» (pp. 33-161); en la tercera se estudian, en particular, «los cibercrímenes en Colombia» (pp. 165-439); en la cuarta se consignan las conclusiones (pp. 441-482); y, en la quinta, se recogen las fuentes de información (pp. 453-482).

Para comenzar con la «Presentación» debe decirse que el libro de investigación, en palabras del autor, «plantea toda una teoría general del delito informático (en sentido amplio y estricto), y un estudio minucioso de la parte especial (Ley 1273 de 2009), en el que se analizan las diversas figuras criminales incorporadas a la legislación penal nacional y sus reformas» (p. 17). Es un texto académico «que pretende convertirse en una fuente de investigación y consulta técnica muy documentada y problematizada, de vital importancia para los estudiantes de derecho, los jueces, fiscales y, en general, para todos aquellos que se dedican al estudio de esta disciplina. Todo esto de acuerdo

* Abogado, Maestro en Derecho, Profesor de Derecho Penal Especial de la Universidad Sergio Arboleda y miembro del grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas «Emiro Sandoval Huertas». Correo: juan.jaramillo@usa.edu.co.

con la perspectiva político-criminal que exige el modelo de Estado social y democrático de Derecho» (p. 17).

Cuando se hace «Una aproximación a los delitos informáticos», se delimita el objeto de estudio. La idea central que rige la estructura es la siguiente: Inmerso en el nuevo paradigma de la cibercriminalidad (en donde pululan riesgos informáticos de diversa índole) (pp. 33-97), y en el marco de los más recientes instrumentos internacional (por ejemplo, el Convenio de Budapest) (pp. 141-143), el Derecho penal nacional intenta proteger el bien jurídico autónomo y *sui generis* de la seguridad de la información y de los sistemas informáticos mediante la creación de nuevos delitos que se orientan a salvaguardar objetos especiales de tutela (datos informáticos, información informática, sistemas operativos y sistemas informáticos) (pp. 113-139), aunque, por la constante evolución de la tecnología, siempre se encuentra a la «zaga de la impunidad» y no logra castigar todos los comportamientos nocivos (v. g., el *cyberstalking*, el *ciberbullying* o la *falsedad informática*) (pp. 145-161).

Al examinar «Los cibercrímenes en Colombia», su autor se adentra en la estructura de los comportamientos castigados en la Parte Especial del Código Penal colombiano, agrupándolos en cuatro grupos. Primero: los delitos de intrusismo (el *acceso abusivo a un sistema informático*, art. 269A) (pp. 233-269); el segundo: los delitos de espionaje (*interceptación de datos informáticos*, art. 269C; *violación de datos personales*, art. 269F; y *suplantación de sitio web para capturar datos personales*, art. 269G) (pp. 271-327); el tercero: los delitos de sabotaje (*obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación*, art. 269B; *daño informático*, art. 269D; y *uso de software malicioso*, art. 269E) (pp. 329-374). Y, el cuarto: los delitos de defraudación informática (*hurto por medios informáticos y semejantes*, art. 269I; *transferencia no consentida de activos*, art. 269J, inc. 1; y *fabricación, posesión, introducción y facilitación de software defraudatorio*, art. 269J, inc. 2) (pp. 375-421). Al final, el lector encuentra un breve estudio del delito de *manipulación de equipos terminales móviles* (art. 105 de la L. 1153/2011) y de las *circunstancias de agravación* del Título VII bis (art. 269 H, C. P.).

Así mismo, en las «Conclusiones» se pone de presente que las ideas más importantes del libro son las siguientes: a) el paradigma de la cibercriminalidad hace parte de la política criminal del nuevo derecho penal (p. 441); b) los avances informáticos y telemáticos han generado el surgimiento de nuevos riesgos digitales masivos, transnacionales e internacionales, especializados, automáticos, invisibles, continuos y anónimos (pp. 442-444); c) en este campo, se deben distinguir los cibercrímenes (delitos propiamente informáticos) de los delitos vinculados a la red (delitos cometidos por medios informáticos) (p. 446); d) la Ley 1273 de 2009 es una inequívoca expresión jurídica de la evolución social de un mundo interconectado e internacional (p. 441). Así mismo: e) la legislación vigente ha creado un nuevo bien jurídico autónomo, intermedio o de referente individual que se concreta en la seguridad de la información, los datos y el adecuado funcionamiento de los sistemas informáticos (pp. 446-447); f) los bloques de criminalidad informática son el intrusismo, el espionaje, el sabotaje y las defraudaciones informáticas (pp. 448-449); g) es necesario reestructurar algunas figuras criminales previstas en el Código Penal y crear otras nuevas (pp. 444-446); y, h) el cambio virtual ha motivado profundas transformaciones en el derecho penal (en temas como el nexo de causalidad, la imprudencia, la omisión, etc.) (pp. 450-451).

En lo atinente a la bibliografía se destaca la muy amplia lista de referencias (compuesta por más de cuatrocientas entradas) que agota los autores colombianos y extranjeros más consultados en nuestro medio. Lo anterior, advirtiendo que, en el ámbito nacional, nos encontramos en un terreno prácticamente inexplorado (técnico, complejo y especializado), en donde la doctrina es escasa y no abunda la jurisprudencia.

De igual forma, no sobra recordar que este libro es el resultado de un proceso de reflexión que comenzó hace más de diez años con el artículo «Aproximación a la criminalidad informática» (2006) y se consolidó progresivamente con otros estudios: «¿Es integral la protección jurídico penal por intrusión informática para titulares de información reservada?» (2006); «El derecho penal de la globalización vs. el Derecho penal de la globalización alternativa» (2009); «El delito de transferencia no consentida de activos» (2012);

«El delito de acceso abusivo a sistema informático» (2013); e «Interceptación informática y violación de datos personales» (2016). El punto final se escribió en una estancia postdoctoral de investigación en la Universidad de Salamanca, España.

En fin, se debe destacar la importancia de este aporte llamado a agitar la discusión en un campo necesitado de reflexiones a profundidad como la que hace Posada Maya quien, por supuesto, con esta investigación se consolida como uno de los más granados exponentes de la doctrina nacional que, por supuesto, acoge con plácemes este tipo de incursiones académicas. El texto, pues, se convierte en obligado material de estudio para quienes aborden el título VII Bis de la Parte Especial de nuestro Código Penal y se torna, además, en punto de referencia para las necesarias transformaciones legislativas que se requieren.

Ambos, K., Cortés, F. & Zuluaga, J. (Coods.) (2018). *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL), Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y Fundación Alexander von Humboldt. 406 pp.

*Kevin Iván Giraldo Ramos**

El contexto político social en el que está sumergido Colombia y la problemática jurídico penal que se inició el 24 de noviembre de 2016, a partir de la firma del Acuerdo de Paz entre el gobierno del presidente Juan Manuel Santos y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), además de los procesos transicionales ya implementados como el de Justicia y Paz y los que se buscan llevar a feliz término como el iniciado con el Ejército de Liberación Nacional (ELN), explican la razón por la cual se realizan investigaciones como la reseñada y que ha sido coordinada con tales fines por los profesores encargados de la publicación.

Para la lectura juiciosa del libro es de vital importancia tener presente el concepto de «justicia transicional» que comprende cuatro componentes: justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición. Por ello, desde su prólogo los tres profesores responsables de la publicación aclaran que la idea de justicia transicional puede definirse como la concepción de justicia asociada con periodos de cambio político, caracterizada por las respuestas legales diseñadas para confrontar los daños de los regímenes represivos anteriores o de un conflicto armado interno.

* Estudiante de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda; Asistente Académico del Departamento de Derecho Penal de la misma casa de estudios; Correo: kevin.giraldo@usa.edu.co.

El libro se divide en cuatro partes: I) el fin de la pena y la justicia transicional; II) la justicia transicional y el Derecho penal internacional; III) la justicia transicional en perspectiva comparada; y, IV) para culminar, la destinada a las problemáticas de la reparación, la responsabilidad y la reconciliación. Con ello se busca, pues, a partir de un enfoque jurídico y filosófico, elaborar una obra que permita entender los fenómenos de la justicia transicional en Colombia y que, al mismo tiempo, sea de utilidad para comprender el rumbo de una sociedad que intenta liberarse de las ataduras de la violencia.

Para dar inicio a la primera parte, Christoph Burchard —en un trabajo intitulado «¿Es efectivo el castigo penal de combatientes en un conflicto armado? Reflexiones iniciales sobre maneras para vencer la ignorancia sobre la eficacia de soluciones penales en la justicia transicional»—, señala la dificultad para encontrar una respuesta punitiva adecuada a los crímenes cometidos durante los conflictos armados y se pregunta si las sanciones penales son efectivas en el marco de la justicia transicional. Por su parte, Francisco Cortés Rodas, en su artículo denominado «El fin de la pena en la justicia transicional» analiza desde una óptica filosófica las teorías retribucionistas, prevencionistas y la teoría comunicativa de la pena, a partir de lo cual realiza una comparación entre los modelos de justicia transicional de Núremberg y Sudáfrica; de allí, concluye que el diseño colombiano es diferente a los otros y que, por ende, se debe aplicar un modelo de justicia alterno.

Luego, Luis Greco debate sobre la existencia de los llamados deberes absolutos de punir y busca revertir su justificación, en una contribución intitulada como «Por que inexisten deberes absolutos de punir». Por último, Cornelius Prittwitz, responde si es efectivo o no el castigo penal de combatientes en un conflicto armado, para lo cual hace un análisis sobre la utilidad del derecho penal en la lucha contra el terrorismo, en su trabajo denominado «¿Para qué sirve el derecho penal en la lucha contra el terrorismo?»; al efecto concluye que, al no poder encontrar una respuesta a la pregunta planteada y dado que, si bien es cierto que el terrorismo nunca no será derrotado en su totalidad, el derecho penal puede desempeñar un papel importante utilizando

herramientas inclusivas (modelos de justicia transicional) que a su vez legitimen las sanciones.

La segunda parte, que desde su nombre advierte el sentido comparatista con el Derecho penal internacional, se inicia con un trabajo intitulado como «La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional» de autoría de Kai Ambos, quien realiza un meticuloso análisis sobre el tema de las amnistías; al efecto, destaca el trabajo realizado por el legislador colombiano y entiende que la normativa en estudio supone avances significativos que, entiende, son compatibles con el Derecho penal internacional, incluso, al diferenciar los delitos amnistiables y los no amnistiables (véase artículos 16 y 23).

Luego, Alejandro Aponte Cardona, en su trabajo denominado «Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional. Aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición», advierte que el Derecho penal debe ser concebido en función de la creación de escenarios de no repetición, mediante políticas de reparación a las víctimas. Para ello, además, en un sentido similar, John Zuluaga, con el fin de comprender la función del derecho penal en lógica transicional, hace un nutritivo análisis de los rasgos distintivos de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) incorporada en el Acuerdo final, en su texto llamado «Concepción y evolución de la justicia penal para la terminación del conflicto armado en Colombia». De allí que busque caracterizar las implicaciones del curso punitivista que sigue el modelo de justicia transicional colombiano y señala, por ende, la asistematicidad observada al introducir los dispositivos correspondientes a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, junto con las garantías que lo sostienen.

En la tercera parte, al hablar de la justicia transicional en una perspectiva comparada, Camila de Gamboa y Juan Felipe Lozano, en un estudio intitulado «El perdón interpersonal en contextos de justicia transicional» realizan una distintiva propuesta, que trae consigo un análisis comparado del concepto de perdón, entendido desde diversas experiencias políticas de justicia transicional, para concluir que el mismo debe ser visto de manera diferente. Por su parte, Miguel Gusti a partir de preceptos filosóficos y de estudios comparados

(caso Perú), elabora una tesis en cuya virtud exalta la reconciliación como una de las claves para conseguir una convivencia más justa entre ciudadanos y aclara que en Perú la reconciliación no ha tenido lugar tras la finalización del conflicto armado interno; su investigación se denomina «Heridas que dejan cicatrices. Algunas lecciones del caso peruano sobre justicia transicional».

Ahora bien, en el siguiente capítulo, Gabriel Ignacio Gómez propone un análisis comparado a partir de las experiencias transicionales en los casos de Salvador y Guatemala, con el fin de resolver dos cuestionamientos: ¿qué podemos aprender de las experiencias de otras sociedades que también han experimentado la transición de la guerra a la paz en el contexto latinoamericano? y ¿en qué medida los mecanismos de justicia transicional diseñados podrían ser suficientes para enfrentar el reto de la reconstrucción de los lazos sociales en Colombia? Esas son sus preocupaciones en un valioso estudio denominado: «Transición a la paz en contextos de conflicto armado. Perspectiva comparada sobre los casos de El Salvador y Guatemala para reflexionar sobre la experiencia colombiana». Por último, Gustavo Leyva discurre sobre los crímenes de lesa humanidad cometidos por el Estado en México y aborda el grave déficit del Estado para juzgar y procesar a los responsables de estos crímenes, su investigación se llama «Justicia transicional. El caso de México».

En la cuarta parte, Gianfranco Casuso —en su investigación «Justicia como tránsito o transición hacia la justicia. Más allá de la reparación»— expone cuatro tesis complementarias, con el propósito de esclarecer algunas imprecisiones relativas al significado de la justicia y su rol en los procesos de democratización social, a cuyo efecto se aparta —si se quiere— del concepto clásico de justicia transicional. Por su parte, Jorge Giraldo (en «Responsabilidad sin culpa. Una indagación filosófica al acuerdo de paz colombiano de 2016») examina de manera acertada los conceptos de responsabilidad y culpa a partir de lo cual señala el déficit básico del Acuerdo final, consistente en no haber incluido la responsabilidad política; además, aclara la diferencia existente entre el discurso filosófico y el jurídico sobre los conceptos de responsabilidad y culpa, algo que no se puede perder de vista.

A su turno, Luis Eduardo Hoyos en su artículo denominado «Reconciliación con cuerpo», expone un ideal en cuya virtud se busca articular la dinámica social con las políticas de Estado, buscando la expansión de los derechos y un verdadero cambio institucional. Por último, el libro se cierra con las aportaciones de Gustavo Duncan y Valeria Mira, quienes se ocupan de la importancia de algunos autores en la reconstrucción de la memoria histórica en Colombia, en su investigación «Memoria, intelectuales y política».

«Justicia transicional y Derecho Penal Internacional» es, pues, una verdadera obra para reflexionar sobre tan importantes y trascendentales problemáticas y es de obligada consulta; sin duda, abarcar desde una visión panorámica las disímiles posturas que surgen a raíz del debate sobre la justicia transicional y las posibilidades de paz en Colombia, enriquece el pensamiento, generando en el lector la oportunidad de crear nuevos criterios. Esta producción intelectual llega a muy buena hora, teniendo en cuenta los acontecimientos políticos que se presentan a diario en nuestro país, los cuales nos ayuda a comprender como estudiosos y como sociedad máxime si la meta es dirimir conflictos también desde la academia.

v
Entrevista

Profesor Dr. José Luis González Cussac

*Fernando Velásquez Velásquez**



* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda; Correo: fernando.velasquez@usa.edu.co.

Formación y trayectoria académica del entrevistado

Es Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, Catedrático de Derecho Penal desde 1993 de la Universidad Jaume I de Castellón y actualmente Catedrático de Derecho Penal, Director del Departamento de Derecho Penal y Coordinador del Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia, España. También, se ha desempeñado como vicerrector de profesorado, director de programas de doctorado, director y ponente en diversas maestrías sobre inteligencia estratégica y económica, política criminal y derechos fundamentales. Consultor de instituciones internacionales y nacionales, director de proyectos de investigación sobre seguridad nacional, terrorismo, crimen organizado, derechos fundamentales y derecho penal económico, corrupción; teoría jurídica del delito; teoría de la pena; derechos fundamentales; nuevas tecnologías y ciberseguridad; servicios de inteligencia; e inteligencia económica. Forma parte de varios consejos editoriales y ha participado en varias comisiones ministeriales de reforma de la legislación penal y penitenciaria.

Es Presidente de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho Penal (2005 a 2009). Recibió la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort del Ministerio de Justicia en 1996 y es vocal Permanente de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia de España desde 2005. Dentro de sus publicaciones científicas, que suman alrededor de ciento cincuenta, se destacan los siguientes libros: *El Delito de prevaricación de autoridad y funcionario público*, publicado en su segunda edición en 1997; *El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006; *Nuevas amenazas a la Seguridad Nacional*, 2013, del cual es codirector; *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed. 2015; *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed. de 2015; *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, 4ª edición de 2015; *Compêndio de Direito Penal Brasileiro Parte Geral*, 2017; y *El modelo español de responsabilidad penal*

de las personas jurídicas, 2011 y 2015. También, es coordinador del texto Seguridad y Derechos, 2019.

Ha participado en varias Comisiones ministeriales y asesoramiento parlamentario en diversos procesos de reforma de la legislación penal y penitenciaria en España y Latinoamérica. Entre otras, en el Ministerio de Justicia de España, en la Comisión redactora del Código Penal de 1995 y en la Comisión de Reforma del Código Penal de 2010.

C.D.P.: Profesor: ¿Desde cuándo tiene vínculos con nuestro país y de qué tipo?

Profesor González Cussac: Desde niño, fruto de las emocionadas narraciones de exiliados españoles recién retornados, llenas de afecto y agradecimiento por la acogida solidaria recibida en Colombia, en aquellos terribles años posteriores a nuestra guerra civil. Luego vino el conocimiento a través de la literatura, la música y el cine, y al encuentro con profesores colombianos en Europa.

La primera vez que visité Colombia fue en 2004. A partir de entonces comencé a estrechar relaciones académicas, profesionales y personales, visitando frecuentemente el país. Y hoy puedo decir que tengo muy buenos amigos en este país. Aunque curiosamente la persona que me inició en el descubrimiento sobre el terreno fue una española, que residió aquí más de 15 años. Me transmitió su pasión por la cultura, las tradiciones y el pueblo colombiano. Me refiero a Maribel Montesinos, por entonces directora de la Casa de la Universidad de Salamanca en Bogotá, y que en su condición de catedrática de lengua y literatura española me brindó una aproximación muy particular a Colombia, y desde luego, cargada de humanidad. Le estaré siempre agradecido por su hospitalidad, por contagiar su inagotable energía, por su rigor trabajando y por su alegría vital. Y por el descubrimiento de Colombia.

C.D.P.: Cuéntenos acerca de las universidades y de las clases y/o cursos que ha impartido y/o imparte en Colombia

Profesor González Cussac: Mi primera visita, como dije, fue en septiembre de 2004 invitado a impartir un módulo en la «Maestría en Derecho Penal» que por entonces ofrecían conjuntamente las Universidades de Santo Tomás y Salamanca, dirigida por el profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Durante varios años sucesivos, y mientras se mantuvo el convenio, continué como profesor en la misma, aproximadamente hasta 2011, dictando la materia «Política criminal y derechos fundamentales (Un modelo de evaluación de la legislación y reforma penal)». Guardo excelentes recuerdos de los colegas que conocí tanto como profesores como estudiantes, todos profesionales muy comprometidos.

En este periodo pude aprovechar para visitar Medellín, para impartir una conferencia en la Universidad EAFIT, a instancias del profesor Alfonso Cada-vid Quintero, que me brindó un trato exquisito y me permitió reencontrarme en su maravillosa ciudad con el admirado profesor Fernando Velásquez Velásquez. En este tiempo igualmente pude conocer la fascinante ciudad de Cartagena de Indias, esta vez en el marco de un Curso sobre «Responsabilidad penal del menor» ofrecido por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

En 2009 recibí el encargo de la Escuela de Inteligencia y Contrainteligencia Br. Ricardo Charry Solano, del Ejército de Tierra, para dirigir, en convenio con la Universidad Jaime I de Castellón, donde entonces estaba destinado como catedrático, una Maestría en «Inteligencia estratégica y prospectiva», que se desarrolló durante dos cohortes consecutivas, hasta 2011. Representó un hito en los estudios sobre estas delicadas materias, con una aproximación interdisciplinar y combinando conocimientos académicos y experiencias profesionales.

En este espacio de tiempo retomé el contacto con el profesor Fernando Velásquez, que desde entonces me ha cursado varias invitaciones a conferencias, seminarios, maestrías y congresos en la Universidad Sergio Arboleda,

en sus sedes de Bogotá y Santa Marta. También pude encontrarme en su tierra con el querido profesor Renato Vargas Lozano, recién retornado de su doctorado en la Universidad de Valencia, mi *alma mater*, y a la que yo acaba de regresar tras 19 años, justo en el año de la defensa de su espléndida tesis doctoral. Desde entonces mantengo con ambos y sus discípulos una permanente colaboración en toda clase de actividades académicas, lo cual me llena de satisfacción.

También he de destacar que ya desde la Universidad de Valencia, dirigí una Maestría titulada «Analista de Inteligencia estratégica, económica, empresarial y competitiva», en convenio con la Institución Universitaria Politécnico Gran colombiano, que se desarrolló durante dos cohortes en 2012 y 2013. Una experiencia muy enriquecedora para todos los participantes. Naturalmente en todos estos años he tenido ocasión de impartir varias conferencias en diferentes universidades y asociaciones profesionales o empresariales, mantener innumerables reuniones y encuentros académicos, y hasta encontré tiempo para disfrutar de Colombia.

C.D.P.: Por favor hablemos de sus nexos con el mundo académico latinoamericano

Profesor González Cussac: Además de los citados en Colombia, mantengo una continua relación con colegas y discípulos de Universidades de México, Chile, Brasil, Paraguay, Costa Rica, Ecuador, Perú, Cuba, Bolivia y Argentina. También he podido visitar por motivos académicos otros países como República Dominicana, Nicaragua, Guatemala, Honduras, El Salvador y Uruguay. Son ya 30 años de encuentros en una y otra orilla del Atlántico. Sin duda la lengua común, elemento central de la cultura, favorece extraordinariamente esta fraternal y fructífera relación.

C.D.P. ¿Qué opina usted de la universidad colombiana? ¿Cómo ve el futuro de la misma y de la universidad latinoamericana en general? Por favor explique

Profesor González Cussac: Posee un grupo de Universidades de gran calidad y excelencia. Y podría decir que, conforme a mi experiencia, la valoración media del conjunto del sistema universitario colombiano es alta. Además posee mecanismos públicos de evaluación de la calidad investigadora y docente. Desde nuestra mentalidad de Europa occidental, encuentro dos grandes inconvenientes, que por otra parte son comunes a la mayoría de países latinoamericanos, aunque existen excepciones:

El primero, su perfil extremadamente elitista, pero no originado en los méritos sino en la capacidad económica de las familias. Me refiero claramente a los elevados costes de las matrículas, lo que se agrava al concentrarse gran parte de la educación superior en universidades privadas. Es decir, un peso reducido del sistema público universitario, sumado a una corrección débil por la muy limitada política de becas y ayudas a los estudiantes con menores recursos.

Como segundo inconveniente, el reducido número de profesores universitarios que tienen una dedicación exclusiva a la universidad. Esto naturalmente tiene que ver con una retribución digna que permita desarrollar la actividad investigadora y docente a tiempo completo.

No obstante lo anterior, en el ámbito del derecho penal y procesal penal, y en general en el jurídico, Colombia cuenta con investigadores de primer nivel, sostenidos por una sólida literatura especializada, referente en el continente y en la comunidad científica. Ello se debe sin duda a su capacidad de sacrificio personal, compromiso y generosidad con la academia.

Como retos del futuro participan de los mismos que todo el sistema universitario mundial: hacer frente a un entendimiento mercantilista de la educación superior recuperando su dimensión humanista, reducir la asfixiante burocracia académica, mantener la autonomía universitaria como garantía del

libre pensamiento y procurar combinar la excelencia del conocimiento científico con una apertura a toda la sociedad.

C.D.P. ¿Cuáles cree usted que son los *principales* retos planteados por la globalización a la justicia criminal? Por favor explique

Profesor González Cussac: La globalización del derecho responde a varias causas de todos conocidas. Por una parte como consecuencia de la mayor liberalización del comercio internacional, de la circulación de capitales e instrumentos financieros, del intercambio de otros recursos económicos y de la mayor flexibilidad en el desplazamiento transfronterizo de personas. Esta nueva realidad ha obligado al derecho a ofrecer respuestas normativas globales, o si se prefiere armonizadas. Ello se ha traducido en un formidable incremento de la producción normativa nacida de convenios y tratados internacionales, ya sean de ámbito mundial o regional. Consecuentemente con estos cambios los Estados nacionales se han visto obligados a modificar sus ordenamientos domésticos en el sentido determinado por las nuevas normativas internacionales.

Este fenómeno consistente en una suerte de *multisoberanía*, podemos denominarlo globalización del derecho penal y ha de inscribirse en el fenómeno general de la globalización jurídica. Inevitablemente se traduce en una disminución de soberanía de los Estados nacionales y en una pérdida de calidad de las leyes, lo que afecta muy severamente a la garantía material del derecho de legalidad.

Pero además, la fuente de estas modificaciones legales no siempre la encontramos en tratados o convenios celebrados entre Estados soberanos o en el seno de organismos internacionales públicos. En numerosas ocasiones «la obligación» se origina en acuerdos adoptados en el seno de organizaciones internacionales privadas. Buena muestra de ello son las nuevas regulaciones en materias como el derecho penal económico, blanqueo de dinero, criminalidad organizada, terrorismo y responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Estrechamente vinculado a la globalización es imprescindible referirse a las nuevas tecnologías de la información y comunicación, que, al margen de las indiscutibles ventajas que representan, también posibilitan un control preciso y absoluto sobre todos los aspectos de nuestra vida social y privada. Y que esta posibilidad real de control no está solo en manos de gobiernos, del *Leviatán* Estado, sino también de enormes corporaciones, una suerte de nuevo *Leviatán* privado, global y difuso. Ese inmenso poder de control se ha venido ya denominando «el imperio de la vigilancia», y necesariamente abre un debate esencial sobre los límites de esa intromisión cotidiana en nuestras vidas, en el uso de nuestros datos íntimos y en la necesidad de establecer una vigilancia de los ciudadanos sobre los vigilantes, sobre los que nos vigilan.

Pero la globalización no puede emplearse como una excusa para las políticas criminales de los Estados, puesto que siguen conservando gran parte de su capacidad normativa. El desafío reside en coherenciar las normativas internacionales con las nacionales, y no en una mera, acrítica y automática transposición. Estos factores representan en mi opinión los principales retos de la globalización para el derecho penal.

Lamentablemente observo un decaimiento a escala global en la defensa de las libertades, en el desarrollo de los derechos fundamentales, en la efectiva aplicación del principio de justicia universal y de las cortes internacionales de crímenes contra la humanidad. Tampoco aprecio un significativo avance en el compromiso con la tutela del medio ambiente ni con la perspectiva de género.

C.D.P.: Cómo ve usted el actual proceso reformador en materia penal y penitenciaria en España y Latinoamérica; ¿hay avances o retrocesos? Por favor explique

Profesor González Cussac: En los últimos años todas las reformas penales y penitenciarias han estado guiadas desde un nuevo paradigma: la seguridad. Los Estados y las organizaciones internacionales tratan de justificarse en la

aparición de nuevas amenazas globales. Y para hacerles frente argumentan que es preciso neutralizarlas mediante mecanismos de anticipación. Es así como se ha consolidado la idea de riesgo como eje del nuevo derecho penal.

Es decir, que para asegurar nuestras vidas no se han encontrado más fórmulas que respuestas contundentes, inequívocas, drásticas, pero que siempre conllevan un constante recorte de nuestras libertades. De modo que ahora la idea superior ya no parece ser la libertad ni la dignidad de la persona, sino una vaga y vaporosa idea de seguridad. En este contexto no parecen importar las consecuencias para los individuos, sino que sobre todo interesa enviar un mensaje de tranquilidad a la colectividad. Es decir, que lo que más importa es el mensaje, una función simbólica de fuerza y aparente control frente a los nuevos peligros. Asistimos al nacimiento de un derecho penal de la era de la postverdad.

En este clima han regresado con fuerza las categorías de peligro (riesgo), peligrosidad e inocuización. Y ha renacido un derecho penal de la exclusión de los más débiles y su uso para reprimir la discrepancia: seguridad ciudadana, discurso del odio y ahora noticias falsas. Una restricción mediante la pena de los derechos fundamentales de manifestación, libertad de expresión y libertad de información.

En definitiva, el proceso de reformas en los últimos años ha caminado y camina hacia un sistema más intervencionista, más severo y más alejado de los principios ilustrados de la codificación penal.

C.D.P.: Profesor: ¿Cree usted que en el actual contexto planetario, el derecho penal de garantías está de retirada? ¿Será que nuestros sistemas penales están condenados a morir ahogados en medio del expansionismo penal? Por favor explique

Profesor González Cussac: En las tres últimas décadas hemos ido asistiendo a la paulatina demolición del «bueno y viejo derecho penal liberal». Pero también al desarrollado inmediatamente después de la II Guerra por

políticas socialdemócratas. Así, junto a los principios propios de un derecho penal liberal y burgués, sustentado en la idea de seguridad jurídica, la mínima intervención y la responsabilidad individual, han ido derogándose los enfoques resocializadores de la pena de prisión con sus complementos de penas alternativas y las iniciativas de despenalización.

El resultado es un derecho penal en expansión, una auténtica inflación de la normativa penal, transformada en una forma de control y de política social de la exclusión y del gobierno a través del miedo. Un renovado autoritarismo punitivo caracterizado por el crecimiento de la prohibición y por el aumento de la severidad del castigo. A este nuevo derecho penal los politólogos lo han denominado «*populismo punitivo*», que vendría a ser la política criminal del pensamiento neoliberal o neoconservador. Es decir, un profundo y constante giro del entendimiento y función del derecho penal hacia un modelo nuevo, sostenido en el paradigma de la gestión y control de riesgos. Su máxima expresión serían las hoy dominantes estructuras típicas de delitos de omisión imprudente.

En este clima de miedo, solo parece importar la seguridad, y para alcanzarla se avanza constantemente en una dirección: restringir los derechos fundamentales y las libertades civiles. Malos tiempos para las libertades. Por eso los juristas debemos mostrar un compromiso inequívoco con el valor libertad del ser humano.

C.D.P: ¿Cómo percibe usted el estado actual del sistema penal español si se le compara con el imperante en los países del contexto latinoamericano que usted más ha conocido? Por favor explique

Profesor González Cussac: La Reforma del Código Penal de 2015 ha comportado cambios intensos y extensos del Código Penal español. En realidad, son tan profundos que hasta dificultan poder calificarlo de «*Código*». Porque un Código supone una compilación sistematizada de normas jurídicas con vocación de permanencia y estabilidad. Una técnica legislativa orientada

a la seguridad jurídica. Desde el Código Penal de 1995, en veinte años, ha soportado más de treinta reformas. La actual de 2015 remata la trayectoria con trascendentales modificaciones, tanto ideológicas (o político-criminales), como técnicas, estructurales y formales.

La ideología que subyace a la reforma de 2015 responde a una concepción exclusivamente represiva del sistema penal. Es decir, incremento de la intervención penal con más conductas prohibidas y aumento de la severidad de las penas con protagonismo absoluto de la prisión. Esta aceleración punitiva no se sostiene ni en las cifras globales de criminalidad ni en las específicas de delincuencia grave. La tendencia de los últimos años sigue mostrando un descenso general en la comisión de infracciones, y mantiene una de las tasas más bajas de delitos graves de Europa, es decir, del mundo. Por el contrario ya tenemos una tasa de población penitenciaria de las más altas y hacinadas del continente. Entonces ¿por qué se endurece todavía más la legislación penal ante una realidad criminológica comparativamente benigna?

La comparativa con las reformas penales latinoamericanas me temo que ofrece un resultado muy similar: expansión y abuso del derecho penal. Sin embargo, lo que si es diferente es la realidad criminógena, con unas cifras mucho más elevadas en América Latina que en Europa, un menor grado de funcionamiento institucional y una reducida cohesión social expresada en mayores cifras de pobreza.

C.D.P: ¿Qué críticas le haría usted al modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español? ¿Cree usted que ese diseño es susceptible de ser adoptado en América Latina como motor de las transformaciones en esta materia? Por favor explique

Profesor González Cussac: Desde la óptica político-criminal la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene unos orígenes recientes en el debate internacional con las grandes corporaciones transnacionales y sus innumerables escándalos de corrupción, financieros y

medioambientales. No han podido mantener una suerte de autorregulación, es decir, mantenerse excluidas del derecho penal. Pero si han logrado un sistema de colectivización de la responsabilidad penal, que incluso puede servir de escudo frente a la responsabilidad personal de sus dirigentes. Y en todo caso han conseguido que se admitan los programas de cumplimiento como eximentes.

Su aplicación real está siendo muy desigual en función del tamaño y complejidad de las diferentes clases de sociedades. Esta tendencia queda reflejada en la conocida expresión «demasiado grande para caer».

Por otra parte, la responsabilidad penal de las colectividades rompe con el modelo de la Ilustración limitado a personas individuales. Por ello tiene abierta una gran discusión acerca de la idoneidad de la teoría jurídica del delito, concebida para individuos, para ser aplicada a entes colectivos. Y sobre todo, demanda un examen de su adecuación a las exigencias constitucionales para imponer sanciones penales.

Todas estas cuestiones creo que son comunes a todos los ordenamientos occidentales. Lo que puede cambiar de uno a otro es la técnica legislativa empleada, las características del sistema de justicia penal y la realidad socio-económica. Pero los problemas estructurales del nuevo modelo son comunes.

C.D.P.: Profesor, como experto que es usted en las temáticas de inteligencia, ¿cómo ve los nexos entre el Derecho penal y la inteligencia jurídica de cara al futuro? Por favor explique

Profesor González Cussac: El debate actual acerca de los servicios de inteligencia desde una perspectiva del derecho, podríamos resumirlos en los siguientes aspectos. Una evolución hacia regulaciones más específicas, esto es, que las leyes reguladoras de los servicios de inteligencia posean un contenido más preciso y previsible («calidad de las leyes»).

En segundo término, la expansión de la categoría de seguridad nacional originada en las nuevas amenazas y retos globales, ha forzado a que los servicios mantengan una actividad alta frente a fenómenos como terrorismo, extremismo ideológico, corrupción y criminalidad organizada. Ello hace que no miren solo hacia el exterior, sino también hacia el interior, con lo que su régimen jurídico puede confundirse con el de la policía.

También debemos reseñar el auge de la inteligencia económica y financiera, la consolidación de las ciberamenazas y sobre todo la imponente capacidad invasiva de las nuevas tecnologías, que han dado como resultado la expresión «*vigilancia por defecto*», obligando a recapacitar sobre el uso y límites de las nuevas tecnologías. Podríamos hablar igualmente de una cierta obsolescencia de los controles, en el sentido que ya no debería bastar con su proclamación nominal. Así podríamos evocar las exigencias olvidadas de transparencia y publicidad, o la necesidad del control parlamentario efectivo sobre los actos políticos en materia de defensa y seguridad decididos por los gobiernos.

Y hablando de controles naturalmente nos encontramos a vueltas con el acceso judicial a la información clasificada, esto es, con el control judicial de los servicios. En este punto existe un interesante contraste entre diferentes modelos, tanto de la jurisdicción contencioso-administrativa, como de la jurisdicción penal. En esta última se debate recientemente acerca de admisibilidad de la llamada «prueba de inteligencia» en el proceso penal, la revisión *in camera* y la supervisión limitada a jueces *ad hoc*.

Por último, la imprescindible adaptación de los servicios de inteligencia al contexto geopolítico post-Guerra Fría, obliga a una profunda reestructuración de los mismos. Y con ello a un examen que podríamos denominar de derecho orgánico: unidad o pluralidad de organismos de inteligencia; adscripción en la estructura de gobierno; coordinación (la comunidad de inteligencia); autonomía del decisor político; estatuto y régimen jurídico de los funcionarios de inteligencia, etc.

C.D.P.: ¿Qué consejos y qué lecturas le aconsejaría usted a los jóvenes que quieren cultivar con amor, como usted lo hace, el Derecho penal?

Profesor González Cussac: Es muy difícil la respuesta porque son muchos los buenos libros a leer para obtener una formación sólida. Formación que nunca acaba y cuanto más profundizas, evocando a Sócrates, más consciente eres de tu ignorancia.

Todos sabemos que el derecho penal es una disciplina jurídica muy particular. Porque por una parte indudablemente es un saber normativo, pero a diferencia del resto de materias jurídicas, afronta un dilema ético y político esencial: prohibir y castigar acciones humanas. Esta peculiaridad obliga no solo a estudiar derecho, su teoría general, el concepto, estructura y función de la norma, sino también descansa en la filosofía, la auténtica teoría general del derecho penal. Así pues hay que estudiar derecho, la norma, pero también filosofía, la acción.

Además, la decisión de prohibir y castigar acciones humanas nos enfrenta a grandes retos del pensamiento como la culpabilidad, la libertad de acción, la pena. Todo ello nos lleva igualmente a la ciencia política, a la antropología, a la historia, a la sociología, a la psicología, a la medicina y a la criminología. En definitiva, el penalista debe esforzarse por poseer un conocimiento muy amplio e interdisciplinar.

Por otra parte, en manifestaciones de la cultura, como la literatura, el teatro o el cine hallamos reflexiones y aproximaciones que abordan con profundidad y maestría los grandes dilemas morales del ser humano subyacentes al derecho penal, las pulsiones humanas, las reacciones de las sociedades, las grandes tragedias personales y colectivas. Nos acerca a enfrentarnos al dilema entre el bien y el mal. Y todo ello recogido desde hace más de dos mil años en verdaderas obras de arte, que a la vez que despiertan nuestras emociones nos enseñan la necesidad de afrontarlas desde la razón.

Por ello al hablar de derecho penal nos vienen a la memoria nombres de la influencia de Platón, Aristóteles, Cicerón, Maquiavelo, Kant, Tocqueville,

Locke, Wittgenstein, Toulmin, Radbruch, Habermas, Bobbio, Rawls, Ross, Baumann, Beck y tantos otros grandes pensadores. Pero también de grandes escritores como Sófocles, Cervantes, Shakespeare, Tolstoi, Dostoiviski, Kafka, Víctor Hugo, Camus, Orwell, Soyinka...

Asimismo el derecho penal posee una de las elaboraciones técnico-jurídicas más sofisticadas, desarrolladas y complejas. Es fruto de dilatadas tradiciones culturales, que se aprecian notablemente entre la continental europea y la anglo-americana. No obstante se enfrentan a cuestiones comunes básicas, como por ejemplo, la adecuación a los principios constitucionales; acción y omisión; actos preparatorios y comienzo de la ejecución; tentativa y consumación; autoría y participación; dolo e imprudencia; justificación y excusas; imputabilidad; error; prescripción; culpabilidad y peligrosidad; pena y medidas de seguridad; función y fines de la pena; la determinación de la pena; etc. Y, en todo caso, exigen de un profundo conocimiento de derecho constitucional y procesal, sin descuidar sus estrechas relaciones con el derecho privado y público, en particular con el derecho civil y el administrativo sancionador.

Pues bien, pensando en un joven estudiante de derecho penal, optaría por recomendar algunas lecturas básicas, no todas ellas estrictamente jurídicas. Desde luego excluyo los manuales, tratados y comentarios. Me ceñiré a una selección muy personal de diez libros, sencillos y de fácil lectura, pero que todo estudiante debería leer en ese periodo de aprendizaje. Creo que todos ellos contribuyen a enseñarnos a pensar críticamente y a introducirnos en las principales cuestiones del debate en derecho penal.

ARENDDT, Hanna: «Eichmann en Jerusalén».

BECK, Ulrich. «Sobre el terrorismo y la guerra».

ENZENSBERGER, Hans Magnus: «El perdedor radical».

ONFRAY, Michel: «Un kantiano entre los nazis. El sueño de Eichmann».

SCHLEICHERT, Hubert: «Como discutir con un fundamentalista sin perder la razón».

ZWEIG, Stefan: «Castellio contra Calvino»,

CALAMANDREI, Piero: «Elogio de los jueces escrito por un abogado».

FLETCHER, George: «Conceptos básicos del derecho penal».

HASSEMER, Winfried: «¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena».

YOUNG, Y.: «La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía».

El único consejo que doy es que piense por sí mismo, que no crea nada ciegamente porque lo lee o lo escucha de alguien supuestamente competente. Primero que compruebe la fidelidad de la información, en las fuentes originales. Y luego que elabore su propia opinión fundada en razones. Naturalmente siempre con respeto a los demás y humildad, recordando que otros llevan también muchos años de estudio. Es improbable descubrir algo nuevo o resolver definitivamente cuestiones universales. Genios hay muy pocos. A los mortales nos queda trabajar con rigor, entrega, y con la permanente curiosidad propia de todo académico.

C.D.P.: Cuando la vida académica le brinde un respiro ¿a qué actividades académicas y/o culturales se piensa dedicar? ¿Cómo se ve usted en diez años?

Profesor González Cussac: Todo dependerá, como siempre en la vida de cualquiera, de la salud y de los designios de la «Tirana de la Historia», la diosa Fortuna. Así pues, y con permiso de la autoridad, desearía continuar en activo como profesor a tiempo completo hasta la jubilación, a los setenta años, para lo que aún quedan más de esos diez años referidos en la pregunta. De modo que, en el terreno profesional, espero seguir llevando una vida similar a la de los últimos treinta años. Confío en que por mucho tiempo el derecho penal me siga desvelando.

Profesor: queremos agradecerle su amable atención y el gran aporte que nos hace al permitirles a nuestros lectores conocer más acerca de su muy importante obra y trayectoria.

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES

La Revista Cuadernos de Derecho Penal, órgano de divulgación científica adscrito al Departamento de Derecho Penal de la Escuela 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) Recensiones 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 cuadernos.der.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, 6ta Edición, 2009. 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 6.^a Edición, 2009.
- 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