

# Cuadernos de Derecho Penal



**DE LA CRIMINOLOGÍA  
POSITIVISTA AL DERECHO  
PENAL DE HOY**



**10**



**UNIVERSIDAD  
SERGIO ARBOLEDA**

**Escuela de Derecho**

Departamento de Derecho Penal  
Grupo de Investigación en Ciencias Penales  
y Criminológicas "Emiro Sandoval Huertas"

# Cuadernos de Derecho Penal

10

## DE LA CRIMINOLOGÍA POSITIVISTA AL DERECHO PENAL DE HOY

**Director:**

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

**Coordinador:**

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ B.

**Gestora Técnica:**

INGRID BIBIANA MUÑETONES ROZO.

**Sección Doctrina**

- Derecho penal de la seguridad: Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo. *Urs Kindhäuser.*

- Las transformaciones del concepto de autoría: El caso de los aparatos criminales organizados de poder en el contexto colombiano. *Fernando Velásquez Velásquez.*

- Videovigilancia y su eficacia en el proceso penal español. *José Francisco Etxebarria Guridi.*

- Vislumbrando la criminología crítica en 1950, desde la concepción naturalista del delito de Luis Carlos Pérez. *Ramiro López Cabrera.*

**Sección Jurisprudencia**

- Doble subsunción, crímenes de lesa humanidad y principio de legalidad. Especial referencia al caso colombiano. *Carlos Augusto Gálvez Bermúdez.*

**Bibliografía**

- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. Manual de Derecho Penal, parte general. 5ª. ed. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2013. 955 p. *Jorge Arturo Abello Gual.*

- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO/POSADA MAYA, RICARDO/CADAVID QUINTERO, ALFONSO/MOLINA LÓPEZ, RICARDO/SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO. Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje a Nodier Agudelo Betancur. Bogotá: Ibáñez, 2013, 1422 p. *Laura Nataly Castillo Garay.*

- SOLÓRZANO GARAVITO, CARLOS ROBERTO. Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral, 4º. ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2012. 580 p. *Patrick Shayan Brock Manuel.*

**Entrevista**

- PROFESOR CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE. *Carlos Augusto Gálvez Bermúdez.*



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA  
CUADERNOS DE DERECHO PENAL No. 10

DIRECTOR

Fernando Velásquez Velásquez

COORDINADOR

Carlos Augusto Gálvez Bermúdez

GESTORA TÉCNICA

Ingrid Bibiana Muñetones Rozo

COMITÉ EDITORIAL

José Hurtado Pozo

Alfonso Cadavid Quintero

Ricardo Molina López

Juárez Tavares

Fernando Velásquez Velásquez

Carlos Augusto Gálvez Bermúdez

Guillermo Portilla Contreras

Lotario Vilaboy Lois

COMITÉ CIENTÍFICO

Emiliano Borja Jiménez

Luis E. Chiesa Aponte

Juan Luis Gómez Colomer

Walter Perron

John D. Vervaele

Ricardo Posada Maya

Kai Ambos

Renzo Orlandi

CONSEJO ASESOR

Álvaro Vargas

Mario Trapani

Nódir Agudelo Betancur

Oscar Julián Guerrero Peralta

Hernán Gonzalo Jiménez Barrero

Carlos Roberto Solórzano Garavito

Claudia Helena Serje Jiménez

Hernando León Londoño Berrío

André Scheller D' Angelo

Christian Wolffhügel Gutiérrez

Renato Vargas Lozano

CORRECTOR DE ESTILO

Fernando Velásquez Velásquez

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Maruja Esther Flórez Jiménez

DISEÑO CARÁTULA

Maruja Esther Flórez Jiménez

Primera edición: febrero de 2014.

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

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones.

Universidad Sergio Arboleda. Carrera 15 No. 74-40.

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

ISSN: 2027-1743.

# Contenido

<b>I. PRESENTACIÓN.....</b>	<b>7</b>
<b>II. DOCTRINA</b>	
- Derecho penal de la seguridad: Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo. <i>Urs Kindhäuser</i> .....	13
- Las transformaciones del concepto de autoría: El caso de los aparatos criminales organizados de poder en el contexto colombiano. <i>Fernando Velásquez Velásquez</i> . ....	27
- Videovigilancia y su eficacia en el proceso penal español. <i>José Francisco Etxeberria Guridi</i> .....	53
- Vislumbrando la criminología crítica en 1950, desde la concepción naturalista del delito de Luis Carlos Pérez. <i>Ramiro López Cabrera</i> .....	107
<b>III. JURISPRUDENCIA</b>	
-Doble subsunción, crímenes de lesa humanidad y principio de legalidad. Especial referencia al caso colombiano. <i>Carlos Augusto Gálvez Bermúdez</i> .....	143
<b>IV. BIBLIOGRAFÍA</b>	
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. Manual de Derecho Penal, parte general. 5ª. ed. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2013. 955 p. <i>Jorge Arturo Abello Gual</i> .....	207
-VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO/POSADA MAYA, RICARDO/CADAVIDQUINTERO,ALFONSO/MOLINALÓPEZ, RICARDO/SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO. Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje a Nodier Agudelo Betancur. Bogotá: Ibáñez, 2013, 1422 p. <i>Laura Nataly Castillo Garay</i> .....	211
- SOLÓRZANO GARAVITO, CARLOS ROBERTO. Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral, 4º. ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2012. 580 p. <i>Patrick Shayan Brock Manuel</i> .....	215
<b>V. Entrevista</b>	
- PROFESOR CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE. <i>Carlos Augusto Gálvez Bermúdez</i> .....	223



# I Presentación





Es grato mostrar a los lectores y a quienes por primera vez conocen nuestro trabajo, el número diez de la Revista cuya publicación, como se señaló a partir del número nueve, cuenta con cuatro secciones: doctrina, jurisprudencia, bibliografía y un espacio dedicado a la entrevista de connotados juristas. El presente número no solo se ha enriquecido con la valiosa revisión de pares ciegos, quienes emitieron distintos dictámenes que fortalecen el proceso de selección, sino que incorpora en su labor como Gestora Técnica a la Abogada Especialista y Candidata a Maestra Bibiana Muñetones Rozo.

En esta oportunidad el apartado doctrinal se compone de cuatro artículos: el primero, intitulado “Derecho penal de la seguridad: Los peligros del Derecho penal en la sociedad del riesgo”, constituye un valioso aporte del Profesor alemán y Director del Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn, Urs Kindhäuser, quien hace un análisis del contexto en el cual debe leerse la actual actividad legislativa en materia penal, influenciada por la política de seguridad como máxima expresión de la denominada sociedad del riesgo, en función de la cual opera el acuñado Derecho penal de la seguridad.

El segundo trabajo, denominado “Las transformaciones del concepto de autoría: El caso de los aparatos criminales organizados de poder en el contexto colombiano”, a cargo del suscrito, aborda la discusión doctrinal y jurisprudencial colombianas en relación con el concurso de personas en el delito y la forma correcta como debe valorarse la conducta punible de quienes delinquen al interior de los aparatos criminales organizados de poder; se rechazan, por supuesto, las tesis que dan cabida a institutos como la “coautoría mediata” o “autoría mediata” no contemplados para este tipo de organizaciones delincuenciales en la ley penal.

Así mismo, en tercer lugar, se incluye el artículo “Videovigilancia y su eficacia en el proceso penal español” del Profesor José Francisco Etxeberria Guridi, quien hace un atinado análisis acerca del uso

de la videovigilancia o captación de imágenes en el proceso penal español, en cuyo sistema y pese a no contar con una previsión normativa expresa, tras las fallidas reformas de la ley criminal, este recurso encuentra admisibilidad procesal por vía jurisprudencial.

Para culminar, se incluye el texto “Vislumbrando la Criminología Crítica en 1950, desde la concepción naturalista del delito de Luis Carlos Pérez”, en el cual se hace una muy buena recopilación histórica del pensamiento criminológico nacional, confeccionado por el estudioso Ramiro López Cabrera, quien centra su estudio en los postulados de lo que constituyeron las bases del pensamiento criminológico en aquella época, a cuyo efecto toma como fuente bibliográfica el libro “Criminología. La nueva concepción naturalista del delito” del mencionado criminólogo colombiano.

Además, el acostumbrado estudio jurisprudencial se ocupa esta vez de la categoría del delito de lesa humanidad, frente al principio de legalidad, a raíz de la sentencia condenatoria proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de la Masacre de Segovia, contra el ex congresista Dr. César Pérez García. Este trabajo es de la autoría de nuestro Coordinador, el joven estudioso del Derecho penal Carlos Augusto Gálvez Bermúdez.

A su vez, la sección Bibliográfica destaca tres obras: el “Manual de Derecho penal, Parte general”, cuya quinta edición es reseñada por el Profesor y ex coordinador de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, Jorge Arturo Abello Gual, quien destaca la vigencia de los postulados de la misma. Así mismo, la ya egresada de nuestra Escuela de Derecho, Laura Nataly Castillo Garay, se ocupa del texto “Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje a Nodier Agudelo Betancur”, coordinado por el suscrito y varios de sus discípulos, el cual cuenta con más de medio centenar de aportes de la doctrina nacional y extranjera que, jubilosa, se sumó a la conmemoración con ocasión del onomástico de nuestro Maestro. La sección culmina con la reseña a la cuarta edición del libro “Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral”, del Profesor Carlos Roberto Solórzano Garavito, a cargo de nuestro auxiliar y egresado de la Escuela de Derecho Patrick Shayan Brock Manuel.

Y, para culminar, aparece el contenido de la entrevista realizada por el Coordinador de la Revista al connotado catedrático y ex magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el

Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote, quien para fortuna de los estudios del Derecho penal nacional nos sigue alumbrando con su profunda inteligencia y sus relevantes aportes al desarrollo de esta disciplina.

Sea esta la oportunidad, al poner punto final en este escrito, para agradecerle a todos nuestros lectores y colaboradores su renovado apoyo; el mismo, que hace posible la continuidad de esta empresa académica en la que tanto ha creído nuestro querido Rector, el Dr. Rodrigo Noguera Calderón. Por supuesto, de algo pueden estar seguros todos ellos: seguiremos trabajado en procura de ofrecer contenidos de la más alta calidad y propugnando porque las investigaciones desarrolladas sean de utilidad para el debate académico.

*Fernando Velásquez V.*  
Director.



## II Doctrina





## DERECHO PENAL DE LA SEGURIDAD. LOS PELIGROS DEL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO

*URS KINDHÄUSER\**

### RESUMEN

Una sociedad que en camino de su progreso (técnico) se genere a sí misma múltiples peligros debe, en compensación, desarrollar los instrumentos de control social que le procuren seguridad. A tal efecto se recurre, también, cada vez más al Derecho penal, el cual, sin embargo, no puede ejecutar esa tarea sin acortar o incluso renunciar a elementos esenciales del más básico Estado liberal de derecho.

### PALABRAS CLAVE

Derecho penal, sociedad del riesgo, Estado liberal de derecho, delitos de peligro abstracto, legitimidad del Derecho penal, política criminal, reglas probatorias, protección de bienes jurídicos, fines de la pena, legislación simbólica.

### I. INTRODUCCIÓN

En una sociedad cambiante también se transforma el Derecho penal. Este tipo de evoluciones no tienen nada de espectacular. Ellas son lentas y se llevan a cabo sin contornos precisos, como por sí mismas. De igual forma, quien hoy por hoy fija su atención en los cambios del Derecho penal bien podría aun permanecer tranquilamente despreocupado: el núcleo en su totalidad ofrece una sólida apariencia, solo en las áreas marginales parece haber movimiento. Ahora bien, quien de esta forma se sosiega simplifica las cosas en demasía. El

---

\* Director del Instituto de Derecho Penal de la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn y Profesor de Derecho Penal de la misma. Traducción del alemán a cargo del Profesor Orlando Humberto De La Vega Martinis.

llamado del destacado penalista Hellmuth Mayer<sup>1</sup>, elevado hace décadas, a restringir de una vez por todas la penalización permanente, desmedida y, por eso mismo, desdeñosa del valor humano, en favor de una política criminal sensata, científicamente respaldada y éticamente reflexiva ha ido apagándose sin consecuencias. El Derecho penal se expande sin traba. Él es comprendido –tal como lo sostiene un defensor de la tendencia expansionista<sup>2</sup>– simple y llanamente como el medio para una reducción óptima de molestias. Al respecto no debería perderse de vista que el Derecho penal solo encontrará legitimación por referencia a su área nuclear<sup>3</sup>. En efecto, todo aquel que emprenda la tarea de justificar el derecho penal, lo hará pensando en asesinatos, violaciones y robos. A nadie se le ocurriría erigir una institución como el Derecho penal, ni tampoco justificar la mera necesidad de su existencia, para asegurar, por ejemplo, que los comerciantes observen el deber de llevar libros contables (§ 283b StGB). Ahora bien, si a nadie se le ocurriría fundamentar la existencia del Derecho penal a causa de la particular dañosidad social del quebrantamiento del deber de llevar libros contables, entonces una forma de comportamiento tal tampoco es merecedora de pena. De allí que la disposición que ordena llevar libros contables constituya un delito “rémora”, es decir, un delito que, a diferencia de los delitos del área nuclear jurídico-penal, viaja sin poseer el tiquete del merecimiento de pena. Se trata de un pasajero ciego al que se le permite acompañar en el viaje a los viajeros legítimos porque (aparentemente) no los estorba, pero que realmente está autorizado a viajar con ellos solo en la medida en que releva al legislador de la tarea de asegurar la observancia del deber de llevar libros contables de otra manera quizá más complicada.

Este pasajero ciego no es el único que existe en el Derecho penal, y tampoco se trata de dos o tres más. Los viajeros sin tiquete son un número amplio y constantemente se están subiendo nuevos. El Derecho penal legitimado por referencia al asesinato, la violación y el robo ha cambiado su apariencia. Y esto significa que los que antes eran viajeros sin tiquete ya no son más viajeros sin tiquete y, antes bien, han pagado el importe de su viaje. Es simplemente

<sup>1</sup> MAYER. Hellmuth. *Strafrechtsreform für heute und morgen*. Berlín: Duncker & Humblot, 1962, *passim*.

<sup>2</sup> KRATZSCH, Dietrich. *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*. Berlín: Duncker & Humblot, 1985. p. 407.

<sup>3</sup> Respecto de este planteamiento, véase: KINDHÄUSER, Urs. *Personalität, Schuld und Vergeltung*. En: GA 1989. p. 493.

que en este precio ya no se trata más de una profunda e inhumana intromisión en las esferas de libertad personal de los co-ciudadanos, del quebrantamiento de las reglas fundamentales de coexistencia bajo formas jurídicas, como sí es el caso en tratándose de asesinatos, violaciones y robos, sino de una molestia en la seguridad en todos los ámbitos de la vida social y estatal. Quien observe la vehemente discusión respecto de la punibilidad del aborto podría ser de otra opinión. Podría pensar que en Derecho penal se intenta contestar con gran esfuerzo y paciencia a la pregunta por el injusto y la culpabilidad punibles. Pero esta discusión no constituye el paradigma de comprensión del derecho penal de hoy ni de la actual política criminal. Ella es una excepción y, justamente, también porque en dicha discusión se llevan a cabo cruzadas simbólicas<sup>4</sup> en el terreno jurídico penal.

## II. SEGURIDAD MEDIANTE LA PROHIBICIÓN DE PUESTAS EN PELIGRO

Es perfectamente posible que haya muchas razones que expliquen por qué esta o aquella forma de comportamiento haya sido penalizada en el pasado o en la actualidad lo sea. Pero para un análisis del Derecho penal como sismógrafo que mide el estado de una sociedad interesa, por sobre todo, un tipo de delito, el cual en las últimas leyes modificatorias del Código Penal viene ejerciendo un reinado casi que absoluto: los así denominados delitos de peligro abstracto<sup>5</sup>. Estos delitos no son creados para castigar la causación

---

<sup>4</sup> Básico al respecto, GUSFIELD, Joseph R. *Symbolic Crusade. Status Politics and the American Temperance*. 2. ed., Urbana y Chicago: University of Illinois Press, 1986, *passim*.

<sup>5</sup> En Derecho penal se divide la tipicidad de acuerdo a tres clases de delito: delitos de lesión, delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. En los delitos de lesión, el injusto consiste en un daño que menoscaba sustancialmente un bien jurídico, por ejemplo el homicidio o las lesiones corporales. En los delitos de peligro concreto, el injusto radica en la creación de una situación en la cual –desde el punto de vista del bien jurídico– la entrada o ausencia de daño depende exclusivamente del azar, por ejemplo el abandono de una persona desvalida por decrepitud (§ 221 StGB). En los delitos de peligro abstracto el injusto está únicamente referido a la peligrosidad en general de la forma de comportamiento, de suerte que el comportamiento concreto puede ser absolutamente inofensivo. Así, por ejemplo, la embriaguez en el tráfico rodado (§ 316 StGB) también es punible, aunque el autor solo haya manejado un trayecto corto en una calle desierta. Las raíces dogmáticas de los delitos de peligro abstracto se remontan al antiguo Derecho penal policial o, más exactamente, a las contravenciones que antaño se encontraban junto a los crímenes y delitos del

de daños concretos, sino para procurar seguridad. O, dicho de otro modo: el injusto de estos delitos no consiste en ningún daño concreto sino en la maximización de inseguridad. Este injusto de maximización de inseguridad puede tener lugar de distintas maneras, por ejemplo mediante una acción con propósitos malévolos<sup>6</sup> o a través del menoscabo objetivo de las condiciones de seguridad<sup>7</sup> en cualquier ámbito posible de vida. Ahora bien, la garantía de seguridad también puede referirse a la protección lateral brindada por actos administrativos o meras disposiciones contravencionales. Con otras palabras: los delitos de peligro abstracto aplacan en todos los ámbitos neurálgicos del Estado y la sociedad la –como pomposamente se denomina– necesidad de acciones en la política de seguridad: drogas, subvenciones, economía, impuestos y cargas sociales, protección del medio ambiente, control de la economía exterior y de las armas de guerra, alimentos, terrorismo, paz social y “clima interior de pacificación”, empleo automático de datos, etc. Donde quiera que uno vaya, allí se escucha, a veces a voz en cuello, a veces en susurro, el anuncio del Derecho penal: “Tranquilos, ya llegué”. Y cada vez que algo sale mal se buscan lagunas en el Derecho penal, las cuales –con independencia de que, de verdad, se trate de lagunas– son de inmediato cerradas de manera muy intensa.

Por supuesto, el crítico no tiene derecho a desaprobar precipitada y globalmente este desarrollo pues el esfuerzo por lograr seguridad no es en sí mismo ilegítimo. Se trata, sencillamente, de lo cuestionable que resulta el actual ascenso de la seguridad, la materia genuina del Derecho de policía y de contravenciones, a la categoría de idea rectora del Derecho penal, la posibilidad de que no encuentre allí merecida atención y adecuada realización, o de que su imposición

---

Derecho penal criminal. Su marcha triunfal inició, no obstante, recién hace dos siglos. Detallado al respect, véase KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat*. 1 ed. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1989, *pássim*.

<sup>6</sup> A título de ejemplo el § 267, párrafo 1, primera alternativa, StGB prohíbe la creación de un documento falso con la intención de usarlo después con fines de engaño. En consecuencia, el autor también se hace responsable en caso que, inmediatamente después de su creación, procediera a destruir la falsificación. Constitutivo para el injusto es aquí, de forma preponderante, la intención.

<sup>7</sup> Ejemplificativa en este contexto es la protección de la administración de justicia frente a declaraciones falsas de testigos y peritos mediante los delitos de perjurio consagrados en los §§ 153 y siguientes StGB. En efecto, el que la declaración falsa influyera, así fuera tan solo en una mínima parte, en la decisión judicial, o no, es un aspecto que no tiene incidencia para la punibilidad de la conducta.

con ayuda del Derecho penal resquebraje el marco de política criminal razonable en un Estado liberal de derecho. El contexto en el que debe leerse la actual actividad legislativa en materia penal es el de una política de seguridad como expresión de una sociedad que puede denominarse sociedad del riesgo. El Derecho penal de la seguridad es entendido, entonces, como una de las condiciones de estabilidad de esa forma de organización social.

### III. EL SER HUMANO COMO FACTOR DE INSEGURIDAD

Un riesgo es un peligro endógeno y, al mismo tiempo, controlable. Un peligro se deja controlar, en primer lugar, mediante el expediente de asegurarse contra él. El aseguramiento, además, hace llevadero el peligro, tanto a nivel individual como social. Un peligro también puede ser controlado, en segundo lugar, cuando las condiciones para la posible entrada de un daño son cognoscibles y calculables. En particular los sistemas técnicos se transforman de fuente intolerable de peligro a sector tolerable de riesgo cuando se cierra la posibilidad de daño bajo el presupuesto de que las condiciones de seguridad son observadas. De allí surge nítido dónde radica el problema principal: el factor primario de riesgo es el ser humano mismo. El ser humano es el elemento de inseguridad en la sociedad del riesgo a causa de sus debilidades físicas y síquicas, y de todas aquellas cualidades que impiden que engrane en el sistema social y sus subsistemas como un piñón bien aceitado y sin defectos de desgaste.

El no del todo mecanizado ser humano solo puede ser gobernado y socialmente controlado mediante normas. Y entre más grandes sean los (posibles) daños con capacidad de desencadenar reacciones erróneas u otras actitudes desviadas al interior de un sistema de riesgos, de mayor peso tendrán que ser las normas que pretendan integrar al ser humano, como factor de inseguridad, en la disciplina de la seguridad. Que por este camino se llega rápidamente al Derecho penal, la institución de control social más formalizada e intensiva, difícilmente puede sorprender. Y que de esa forma el Derecho penal se convierte en el instrumento universal de reglamentación y en el garante de la seguridad, se revela simplemente como la conclusión lógica. Pero que el Derecho penal realmente tenga el poder para ejecutar esa tarea solo raras veces entra en consideración política. Es como si no hubiera alternativa alguna. Y si el Derecho penal – que por lo menos formalmente se deja describir como la más severa represalia– fracasa, ¿quién podrá, entonces, garantizar seguridad frente a conductas desviadas?

#### IV. LOS LÍMITES DEL DERECHO PENAL LEGÍTIMO

Pretender la imposición de una política de seguridad tal con argumentos que señalen los puntos débiles que de facto presenta el control social jurídico penal es, en mi opinión, una tarea inútil. Pues de dicho conflicto fáctico solo con dificultad puede extraerse una postura concluyente. Por el contrario, lo decisivo es la existencia de barreras normativas que irrefutablemente se oponen a la arbitraria tendencia expansionista del Derecho penal de la seguridad. El Derecho penal no existe para posibilitar el ejercicio desmedido de violencia según el gusto de cada quien. Antes bien, su empleo se encuentra bajo una necesidad enorme de legitimación. En efecto, la pena consiste en la irrogación de un mal –que dado el caso puede incluso destruir la personalidad– como expresión de desaprobación éticosocial por un comportamiento defectuoso. Y dado que la pena, tanto por su forma como por su naturaleza, interviene masivamente en las esferas de libertad del autor como persona, su imposición está atada a un amplio número de presupuestos jurídico estatales que dificultan que el Derecho penal se muestre como un medio efectivo de batalla.

Así, en primer lugar, la punibilidad debe estar legalmente determinada *ex ante* y no tiene derecho a permanecer abierta a futuro mediante la posibilidad de analogía<sup>8</sup>. El Derecho penal, en segundo lugar, no autoriza intervenciones para la evitación de peligros amenazantes. Por el contrario, él es retrospectivo y presupone la comisión de un injusto. La suya es una reacción *post-et-propter-hoc*. En tercer lugar, el Derecho penal está ligado al principio de proporcionalidad y su implementación formal encuentra cohesión en el (no en última instancia educativo) proceso penal propio de un Estado de derecho mediante una profusión de reglas probatorias y de prohibiciones de empleo de pruebas, así como mediante el principio “*in dubio pro reo*”.

<sup>8</sup> Por analogía se entiende la aplicación extensiva de un enunciado jurídico a un estado de cosas no regulado, pero similar. De allí que la analogía sea en sí y para sí una importante figura metodológica de la dogmática jurídica, la cual permite mantener al derecho (también el codificado) abierto a nuevos desarrollos no pronosticados legislativamente. Ahora bien, en Derecho penal reina el principio inflexible de “*nullum crimen sine lege*”, el cual le garantiza a todo ciudadano que solo son punibles aquellas acciones que al momento del hecho estuvieren claramente definidas como delito. Famosa es la decisión del Tribunal Imperial que no sancionó la sustracción de energía eléctrica como hurto en razón a que la electricidad no era una cosa en el sentido de la prohibición de hurto del § 242 StGB (RGStE 32, 165).

La irrogación de un mal –que merma libertad– mediante pena exige, igualmente, también de la Política criminal cierto tipo de restricciones, de las cuales por lo menos dos merecen atención especial. En primer lugar, las normas de comportamiento respaldadas mediante pena tienen que servir a la protección de bienes jurídicos. Para que la Política criminal pueda, desde esta perspectiva, orientarse a fines, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos debe, primero, materializarse en un daño empíricamente comprobable y, segundo, el comportamiento relevante debe causar ese daño –también– de manera empíricamente comprobable. Solo entonces se puede prohibir un comportamiento para evitar un daño, solo entonces puede el Derecho penal funcionar, ciertamente, valiéndose de instrumentos. La segunda columna de la Política criminal debe tener apropiadamente en cuenta la exigencia de que la pena presuponga culpabilidad. Culpabilidad es responsabilidad por el comportamiento defectuoso concreto y presupone, así, la imputabilidad subjetiva de todos los constituyentes del injusto. Y solo una culpabilidad realmente grave puede justificar la pena criminal.

## V. ZONAS DE TENSION DEL DERECHO PENAL DE LA SEGURIDAD

Este Derecho penal del Estado liberal de derecho junto a sus –recién delineados– fundamentos político criminales, no puede ser tomado libre de fricciones y sin constantes pérdidas sustanciales al servicio de una política universal de seguridad. A continuación se mencionarán algunas de las muchas áreas de tensión.

**A. Recorte de las exigencias probatorias.** Primera zona: un Derecho penal de la seguridad tratará, antes que nada, de suavizar las escrupulosas exigencias probatorias del Derecho penal del Estado liberal de derecho. El estrecho apego a la ley, el tenor literal como límite interpretativo y la prohibición de analogía son, todos ellos, obstáculos para un precipitado Derecho penal de la seguridad. Quizá por esa razón las últimas leyes en materia penal sean ricas en palabras, incluso locuaces, pero no precisas ni exactas, sino llenas de conceptos indefinidos y cláusulas generales<sup>9</sup>. Adicionalmente, la

---

<sup>9</sup> Un ejemplo de lo anterior es el recientemente creado tipo penal de la estafa informática del § 263a StGB, el cual reza: “Quien, con la intención de conseguir para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, influya en el resultado de una operación de procesamiento de datos mediante la configuración incorrecta del programa, mediante el empleo de datos incorrectos o incompletos, mediante el empleo no autorizado de datos o, en general, mediante influencia

prueba de que el autor conocía todos los elementos del injusto de su comportamiento (dolo) o que habría podido y debido conocerlos (imprudencia) es, en muchas ocasiones, de difícil consecución. Para eludir esas dificultades la legislación se vale de dos trucos. El primero, consiste en extraer de la conexión entre imputación y culpabilidad elementos del injusto del hecho para tratarlos como condiciones objetivas<sup>10</sup> de punibilidad. El segundo, conlleva la creación de delitos en los cuales, simple y llanamente, faltan elementos esenciales del injusto que debe ser evitado. Esto último tiene lugar con frecuencia mediante un fraude de etiquetas. Así, por ejemplo, ni la “estafa” crediticia (§ 265b StGB) ni la “estafa” de inversión de capitales presuponen que se induzca en error a la víctima, ni tampoco que ella efectúe un traslado patrimonial que le resulte perjudicial, como sí es el caso en tratándose de una estafa “verdadera” (§ 263 StGB)<sup>11</sup>. Y ambos trucos pueden también

---

ilícita en el curso del proceso, menoscabando así el patrimonio de otro, será penado...”. La pregunta acerca de cómo se configura “incorrectamente” un programa bien podría ser vista como un acertijo que algún día resolverán la jurisprudencia y la ciencia. Mucho más problemático desde el punto de vista del Estado de derecho es la fórmula indefinida del “empleo no autorizado de datos”. Y la expresión “en general, mediante influencia ilícita” representa, por supuesto, una crasa infracción del principio –anclado a nivel jurídico constitucional– de determinación. Con ella, el legislador le saca el quite de manera inconstitucional a su responsabilidad y le transfiere a los tribunales, a discreción, la facultad de agrupar aquello que sea tenido por adecuado bajo las disposiciones en cuestión.

<sup>10</sup> Aquí se trata de aquellos presupuestos de la punibilidad a los que no tienen por qué estar referidos el dolo o la imprudencia del autor. Por ejemplo, quien afirma un hecho difamante de otro es penado cuando el hecho no puede probarse como verdadero (§ 186 StGB). Que el autor erróneamente (y dado el caso, con buenas razones) tuviera el hecho por verdadero no tiene ninguna importancia. Ello constituye una evidente infracción del principio de culpabilidad, según el cual el autor tiene que ser responsable de todas las circunstancias relevantes para la punibilidad.

<sup>11</sup> La estafa tiene como objeto una complicada secuencia causal: con la intención de enriquecerse, el autor engaña a su víctima y la induce en error de modo tal que ella ejecuta un traslado patrimonial que la perjudica, permaneciéndole oculto precisamente el carácter económico-perjudicial de su propia acción a causa del error. Es decir, en la estafa el autor convierte a la víctima en un instrumento que se perjudica a sí mismo –a diferencia, por ejemplo, del hurto, donde el autor ocasiona el daño mediante su propia acción de apropiación–. Por el contrario, la estafa crediticia y de inversión de capitales solo conocen la acción objetiva de engaño. En efecto, el ánimo de enriquecimiento del autor fue eliminado del mismo modo en que también lo fue el perjuicio en el propio patrimonio a

combinarse: por ejemplo, en caso de incapacidad de pago el autor será penado por bancarrota (§ 283 StGB), incluso si la iliquidez no es la consecuencia causal de su turbio comportamiento y él tampoco la previó o pudo siquiera preverla, como la consecuencia concreta de su comportamiento. El reproche de culpabilidad que le queda a semejante remanente de delito radica en una gestión de negocios contraria a los postulados mercantiles, ni más ni menos.

A la lógica de un Derecho penal de la seguridad que quiera corresponderle a la necesidad de seguridad de la sociedad pertenece, además, la penalización sectorial de formas de comportamiento cuya relevancia dañina no está demostrada. De conformidad con lo anterior, una conducta deberá ser probadamente segura para que esté permitida y no, por ejemplo, probadamente dañina para que esté prohibida. Esta inversión de la carga de la prueba en sede de injusto objetivo, la cual, desde luego, no debe confundirse con una inversión –en perjuicio del autor– de la carga de la prueba contraria al principio de culpabilidad, se obtiene mediante la unión del Derecho penal al derecho administrativo. De esta forma se penalizarán los comportamientos que carezcan de permiso administrativo, es decir, los que no superen el control administrativo de seguridad.

**B. Renuncia a la protección de bienes jurídicos individuales.** Segunda zona: un Derecho penal de la seguridad al que no le importa el castigo de daños concretos sino la evitación de molestias sociales también renunciará a la protección de bienes jurídicos individuales. Así, de una parte, se protegen estados que (aún) no existen en lo absoluto y que, en estricto sentido, no constituyen bien jurídico alguno, como por ejemplo la limpieza del agua (§ 324 StGB), y ello con total independencia del posible impacto que la contaminación pueda tener en la salud humana o en el abastecimiento de agua. Y, de otra parte, se enuncian bienes cuya lesión mediante la conducta concreta del autor no es empíricamente demostrable en el caso particular. Un típico ejemplo consiste en elevar el valor de la capacidad funcional de ámbitos estatales y sociales al nivel de bienes dignos de protección independiente, como ocurre al calificar las operaciones de pago sin dinero en efectivo como el bien jurídico protegido del abuso de tarjeta de cheque, aun cuando aquí el único daño comprobable es el sobrepaso del límite de crédito frente a la respectiva institución financiera. En estos casos la dañosidad

---

causa del error, de forma tal que, finalmente, solo queda un remanente con un cuestionable contenido mínimo de injusto.

concreta mínima de la conducta permanece oculta en la nebulosa invención del bien jurídico. Quizá por ello la creación de bienes jurídicos universales como los recientemente mencionados se beneficie de la existencia de coyunturas complejas y duraderas.

C. *Renuncia a los fines tradicionales de la pena*. Tercera zona: tampoco debe perderse de vista que los fines habituales de la pena<sup>12</sup>—retribución, prevención especial e intimidación— han pasado a un segundo plano en la discusión actual. La así denominada prevención general positiva, abanderada de la estabilización normativa mediante la práctica de fidelidad al derecho, es la doctrina en curso, y no solo por la—ciertamente alta—plausibilidad de dicha teoría, sino también y justamente porque ella encaja con el Derecho penal de la seguridad de la misma forma que el punto sobre la i. Particularmente la prevención de delitos mediante medidas educativas sobre el autor, por el contrario, está—como se dice informalmente—“out”. ¿Por qué? En caso de asesinatos, violaciones o robos el autor es la causa del conflicto. Que el autor, a su turno, no esté a merced de otros factores—sociedad, comportamiento de la víctima, predisposición—no tiene la menor importancia en tanto él es, de todos modos, la fuente que posibilita el desencadenamiento del conflicto y, dado el caso, su superación. En el Derecho penal de la seguridad, en cambio, las condiciones marco del conflicto ya están presentes en muchos espacios: el vaso ya está lleno, simplemente falta que lo desborde una última y decisiva gota—un comportamiento humano defectuoso—. Desastres medioambientales o choques múltiples en la autopista son conflictos sociales que no se dejan explicar con una sola causa o por referencia al autor, y que tampoco pueden superarse mediante la adscripción de culpabilidad por el hecho individual. Además, en estos casos desaparece la frontera entre autor y víctima.

La acción educativa preventivo-especial sobre el autor con miras a la evitación de delitos también es en buena medida irrelevante,

<sup>12</sup> También en el Derecho penal contemporáneo continúa siendo controvertida la determinación del fin de la pena. Frente a la teoría absoluta de la retribución (Kant, Hegel), la cual solo acepta la imposición de la pena para el restablecimiento del derecho y la justicia, se encuentran las teorías—orientadas a la evitación de futuros hechos punibles—relativas de la prevención especial (mejoramiento o inocuización del autor) y de la prevención general negativa (intimidación de la generalidad mediante amenaza e imposición de pena). Acerca de esta discusión véase KINDHÄUSER, Op. cit., nota 3, p. 493-507; NEUMANN, Ulfrid; SCHROTH, Ulrich. *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980, *passim*.

siempre que, como frecuentemente es el caso en el Derecho penal de la seguridad, el autor sea determinado exclusivamente por su rol social. En estos casos la imprudencia relevante se concreta según el rol. Para una resocialización que trascienda el rol no hay espacio.

**D. Borrosa culpabilidad por el hecho individual.** Cuarta zona: en un Derecho penal de la seguridad resulta hartamente difícil establecer una relación recíproca entre culpabilidad y daño. En primer lugar, porque –por ejemplo en áreas técnicas– respuestas mínimamente defectuosas pueden ser ya de graves consecuencias. En segundo lugar porque, además, en los típicos delitos de seguridad falta el nexo de proximidad con la víctima y, con ello, la energía criminal que demanda la intromisión en las esferas de libertad de los seres humanos que nos rodean. También los sentimientos de culpa pueden ser fácilmente reprimidos, sobre todo porque las consecuencias del hecho –si es que realmente las hubiere, como por ejemplo en tratándose de Derecho penal tributario o medioambiental– no afectan de manera palpable al particular y, por lo tanto, tampoco a uno mismo. La responsabilidad por la acumulación y la sumatoria de daños propia del Derecho penal de la seguridad no es fácilmente armonizable con la responsabilidad por el hecho individual. Aquí permanece un no despreciable resto de “culpabilidad del sistema”.

**E. Legislación simbólica.** Quinta zona: el Derecho penal de la seguridad induce a una Política criminal simbólica. El ser humano como factor de inseguridad solo con reservas puede ser gobernado mediante normas jurídico penales. Por ello, quien mediante la creación de leyes de seguridad jurídico penales pretenda, al mismo tiempo, el establecimiento de seguridad real, solo desplazará el problema de la solución fáctica del conflicto al contrafáctico nivel normativo de la negación del conflicto, haciéndole honor al eslogan según el cual “no puede ser, si es que no tiene derecho a ser”.

Pero la legislación simbólica tiene un muy amplio espectro y puede perfectamente resultar útil en sentido político. Pues el peligro no viene prefijado en la consciencia, sino que recién se constituye mediante suposiciones, pronósticos o escenarios de probabilidad teórica y de allí que pueda agrandarse, achicarse o disolverse, dependiendo de cómo se supone que se controlará o, lo que es lo mismo, calculará. Justo en este sentido es que, por ejemplo, un –de facto raquíco– Derecho penal medioambiental, el cual prácticamente solo abarca los casos sin importancia de daños medioambientales sin permiso administrativo, puede políticamente presentarse como un confiable

y efectivo aporte a la protección del medio ambiente. Algo similar ocurre con el Derecho penal informático, cuyo empleo, en lo esencial, se reduce al (ya punible de otro modo) abuso de cajero automático y a la alteración de máquinas tragamonedas.

Y precisamente la mirada al Derecho penal medioambiental todavía resulta aleccionadora desde otro punto de vista. El Derecho penal, como medio de control social, es innecesario donde quiera que otros sistemas normativos sean reconocidos como vinculantes, por ejemplo la religión o la moral. Debido a la lenta erosión de la vinculación general de otros sistemas normativos, el Derecho penal se ha convertido en la tabla de salvación y se ha transformado de un sistema de coerción externa en un indicador del contenido de la moral social. Aquello que otros sistemas normativos ya no pueden realizar, por ejemplo desarrollar eficazmente una ética de la responsabilidad orientada a la protección del ambiente natural y de las condiciones de vida de las generaciones futuras, le es delegado al derecho, y aquí una vez más al Derecho penal, como si fuera lo más natural. De repente el Derecho penal ya no es más el garante del mínimo indispensable ético social, sino un manual de responsabilidad social y solidaridad.

*F. Renuncia a la comprensión liberal del ser humano.* Sexta, y especialmente importante, zona: el retrospectivo Derecho penal del Estado liberal de derecho parte de una determinada comprensión del ser humano de conformidad con la cual el co-ciudadano es alguien en quien se puede confiar y merece, además, ese anticipo de confianza. Un Derecho penal con esa comprensión del ser humano se toma su tiempo, espera y solo entra en acción cuando, por así decirlo, el niño ya ha caído al agua. Esto puede resultar peligroso, incluso osado, pero también es autoconsciente. Ese es el clima social en el que el ciudadano mayor de edad verdaderamente existe, en el que también reina la confianza en los mecanismos sociales de autorregulación. El Derecho penal de la seguridad brota, por el contrario, de un potencial de miedo social, es desconfiado y desea ponerle fin a las fechorías de su enemigo incluso antes de que sean cometidas.

## VI. CONCLUSIONES

Antes que nada debe resaltarse que la búsqueda de seguridad es legítima. La seguridad es un derecho humano que justifica en importante medida la existencia del Estado y su monopolio de la violencia. Así mismo, resulta necesario destacar que sería equivocado

minimizar, con mayor razón negar, los peligros de la sociedad del riesgo. El Estado debe garantizar seguridad en la medida en que ello sea posible y razonable. Esto está fuera de toda duda. Pero de allí no se sigue, ni mucho menos, que el circunspecto y poco flexible Derecho penal del Estado liberal, con sus reglas probatorias y su principio de culpabilidad, con su alta pretensión ético jurídica y su solo difícilmente honorable exigencia de legitimación, sea el medio adecuado para la superación de los –por doquier al acecho y permanentemente en aumento– problemas de seguridad de la sociedad del riesgo. En consecuencia, está fuera de toda duda que las normas que procuran seguridad, y entre ellas las que prohíben la destrucción de las condiciones de seguridad, son reglas legítimas de la vida en común. Pero de la legitimidad de esas normas de comportamiento no necesariamente se sigue que también sea legítimo imponer siempre su observancia por medio de la pena criminal. El asunto más sensible del Derecho penal no viene dado por las normas de comportamiento, sino por las normas de sanción.

La siguiente reflexión es, desde luego, válida: si el Derecho penal es la expresión del estado de una sociedad, entonces justamente también el Derecho penal en la sociedad del riesgo estará orientado a la consecución de seguridad. Pero en este contexto los hechos tienen una fuerza normativa desbordada, lo cual, sin embargo, no debe convertirse en un obstáculo de cara a la búsqueda de la solución más adecuada. Reforzar el empleo del Derecho civil y administrativo<sup>13</sup>, pero también el desarrollo ulterior de un –digno de revalorización– Derecho contravencional<sup>14</sup> con un repertorio de medidas orientadas utilitariamente a la prevención general y

---

<sup>13</sup> El Derecho administrativo, el cual sirve a la defensa y precaución del peligro, es el medio legítimo para la consecución de seguridad. No es casual, entonces, que desde la perspectiva de la ciencia jurídico administrativa se critique como inadecuada la protección del medio ambiente mediante disposiciones jurídico penales independientes. Por su parte, el Derecho civil también puede jugar un activo papel en la consecución de seguridad mediante una reglamentación de la compensación de daños que sea independiente de la culpabilidad. Ilustrativo en este sentido es, por ejemplo, la nueva ley de responsabilidad por el producto.

<sup>14</sup> El Derecho contravencional es, al igual que el Derecho penal, un derecho sancionador represivo, pero que no asocia la sanción (por lo general una multa) con un reproche ético social, de forma tal que no está atado a una culpabilidad personal. Por ello resulta posible, por ejemplo, imponer multas contra personas jurídicas y asociaciones de personas (por ejemplo sociedades por acciones), expropiar ganancias y sancionar el quebrantamiento de los deberes de vigilancia en una empresa.

distanciado de un reproche de culpabilidad ético social, serían todas alternativas muy prometedoras. Por supuesto, aquí una vez más debe hacerse valer de forma clara e inequívoca el principio de subsidiariedad: el Derecho penal solo puede ser la última ratio para la solución de conflictos sociales y no, por ejemplo, prima o, incluso, sola ratio. La exigencia de Kant, solo las reglas básicas de la convivencia en común bajo formas jurídicas y su garantía estatal han de ser protegidas por el Derecho penal, no debe caer en el olvido.

Para cerrar, todavía debe operar un retorno de principio en un punto adicional. Y ni el legislador, ni la ciencia, ni la justicia están, por ningún motivo, eximidos de transitar por este cuello de botella del Derecho penal legítimo: los nebulosos bienes jurídicos universales deben ser traídos de vuelta al territorio conceptual propio del bien jurídico liberal, donde solo entran en consideración como bienes jurídicos aquellas propiedades de personas, cosas e instituciones que sean condiciones demostrables del libre desarrollo de la personalidad en una sociedad. Estos bienes jurídicos también podrían, entonces, dentro de estrechos límites, merecer y disfrutar de la protección mediata de un Derecho penal de la seguridad.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

GUSFIELD, Joseph R. *Symbolic Crusade. Status Politics and the American Temperance*. 2. ed., Urbana y Chicago: University of Illinois Press, 1986.

KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat*. 1 ed. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1989.

----- . *Personalität, Schuld und Vergeltung. Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe*. En: GA, 1989, p. 493 sigtes.

KRATZSCH, Dietrich. *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

MAYER, Hellmuth. *Strafrechtsreform für Heute und Morgen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1962.

NEUMANN, Ulfrid; SCHROTH, Ulrich. *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980.

## LAS TRANSFORMACIONES DEL CONCEPTO DE AUTORÍA: EL CASO DE LOS APARATOS CRIMINALES ORGANIZADOS DE PODER EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ\*.

### RESUMEN

El texto analiza las transformaciones impuestas en Colombia por peligrosas corrientes autoritarias que, en el ámbito del Derecho penal, pisotean el Estado de derecho y diluyen centenarias conquistas del Derecho penal liberal. En ese contexto, aborda las discusiones frente al concurso de personas en el delito y, de forma específica, la imputación en el seno de los llamados aparatos criminales organizados de poder, respecto de las cuales advierte su distingo con figuras como la coautoría, el concierto para delinquir, la empresa criminal común o conjunta y la responsabilidad penal del superior. Se aborda, además, la discusión doctrinaria y jurisprudencial colombiana sobre la forma como debe valorarse la conducta punible de quienes delinquen al interior de esos aparatos.

### PALABRAS CLAVE

Estado social y democrático de derecho, corrientes expansionistas, aparatos criminales organizados de poder, autoría, coautoría, inducción, determinación, autoría mediata, autoría mediata en aparatos criminales.

---

\* Ex becario de la Sociedad Max Planck y de la Fundación Alexander von Humboldt; Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia. Este trabajo forma parte de las actividades del autor como miembro del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, línea de investigación en Dogmática Penal, y se corresponde con una ponencia presentada el día nueve de julio de 2012, en el “Primer Seminario de Derecho Penal y Criminología. Problemas y tendencias de la Universidad Católica de Colombia: de investigación para el siglo XXI, seminario internacional”, que ha sido actualizada.

## I. INTRODUCCIÓN

Los vientos que soplan en el Derecho penal actual son los propios de las corrientes expansionistas que, con su ímpetu y arrogancia, pretenden llevarse todo a su paso como si se tratase de un nuevo y mortífero tornado. Por supuesto, lo grave no es que haya ideas distintas y formas diversas de comprender los fenómenos que los estudiosos del Derecho penal deben enfrentar todos los días, como producto de su quehacer académico; lo preocupante es la forma como esas visiones autoritarias, sin ninguna guía teórica, diluyen en la vida práctica las conquistas centenarias del Derecho penal liberal como se observa hoy en países que, como Colombia, se han vuelto expertos en pisotear el Estado de derecho.

En ese contexto, por supuesto, deben ubicarse las “transformaciones” –tal vez sería mejor, desde ya, llamar las cosas por su nombre y hablar de las “regresiones”– observadas en el ámbito del concurso de personas en el delito y, de forma más específica, en tratándose de la imputación en el seno de los llamados aparatos organizados de poder –que se deben denominar “criminales” para evitar confusiones<sup>1</sup>– figura que, al generar un debate interminable, como tantas veces se ha dicho, cobra vida a lo largo de los últimos cincuenta años, en un comienzo en Alemania y luego en España y Latinoamérica.

Por supuesto, las dificultades dogmáticas para encuadrar el asunto no han sido pocas, al punto de que un buen sector de la doctrina opta por ampliar al máximo la noción de autoría mediata para darle cobijo –de aquí ha surgido la concepción de la autoría mediata a través de aparatos criminales organizados de poder en sus diversas manifestaciones–, mientras que otro núcleo de doctrinantes clama por las fórmulas tradicionales en sus diversas variantes también de suyo insuficientes atendidas las características de estos fenómenos; o, en fin, se postula la introducción de nuevas categorías en los textos legales para lograrlo<sup>2</sup>. Incluso, tras el creciente expansionismo del

<sup>1</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. El Derecho penal ante la criminalidad organizada. Nuevos retos y límites. En: VALCÁRCCEL LÓPEZ, Marta; GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, Faustino (Coord.). La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001. p. 88.

<sup>2</sup> Véase, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. La concurrencia de personas en el delito y los aparatos criminales organizados de poder. En: Derecho, Universalidad y conocimiento: Homenaje a Miguel Valadez Reyes. México: Universidad de Guanajuato, 2010. p. 136 y sigtes. y bibliografía allí citada.

Derecho internacional penal<sup>3</sup>, se acude a otro tipo de construcciones con las cuales se busca arroparlas.

En Colombia, la discusión gana terreno a raíz del sometimiento a la justicia por parte de los criminales paramilitares; un paso más se dio en el año 2010 cuando –sin sentar una línea jurisprudencial clara y concisa, con no pocos equívocos y desaciertos teóricos– la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió calificar como autores mediatos por medio de aparatos criminales organizados de poder a los jefes de esas estructuras delincuenciales e, incluso, a los líderes políticos adeptos a ellas<sup>4</sup>; es más, en otros escenarios judiciales como el del doloroso caso del Palacio de Justicia –resucitado de forma ilegal y tardía–, se ha hecho uso de forma inapropiada y con incontables dislates de dicha construcción teórica<sup>5</sup>.

Por eso, esta reflexión –que se aparta de la construcción propalada a lo largo y ancho del planeta por el brillante Profesor Claus Roxin– señala los hitos fundamentales de la discusión colombiana sobre el asunto para mostrar cómo se pretende violentar los textos legales para darle cabida a institutos que, ni por asomo, contemplan. Con tales miras, en primer lugar, se empieza por deslindar el instituto en examen de otras figuras que se le asemejan; en segundo lugar, aborda la discusión doctrinaria y jurisprudencial vernácula al respecto; además, en tercer lugar, con base en planteamientos

---

<sup>3</sup> Sobre este fenómeno, PASTOR, Daniel. El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.). Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Madrid: Edisofer; Buenos Aires-Montevideo: B de F; 2006, vol. 2, p. 475 y sigtes.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Justicia internacional penal. Presente y futuro. En: Jueces para la democracia. no. 74, 2012. p. 375 y sigtes.

<sup>4</sup> Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de única instancia de 23 de febrero de 2010, radicado: 32.805, contra Álvaro Alfonso García Romero; en relación con los excesos cometidos en este frente, véase: SUÁREZ LÓPEZ, Carlos Alberto. Aproximación a la problemática de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales: un estudio de Derecho comparado. En: Huellas. Reflexiones sobre el Derecho penal, no. 72. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, julio de 2011. p. 5-62.

<sup>5</sup> Véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Los aparatos criminales organizados de poder. En: Cuadernos de Derecho penal no. 4, 2010, p. 173-190. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. [en línea] [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/cuadernos-de-derecho-penal4.htm](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal4.htm) [citado en diez de diciembre de 2013].

precedentes reitera la postura académica asumida por el autor frente al debate. Al final, en cuarto y último lugar, se consigna la bibliografía consultada.

## II. UNA NECESARIA PRECISIÓN

El instituto de los aparatos criminales organizados de poder, debe advertirse de entrada, no se puede confundir con cuatro fenómenos que se le asimilan o, en veces, le acompañan: primera, la derivada de la figura que se presenta cuando varias personas mediante un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal, esto es, la *coautoría* (cfr. arts. 28 y 29 del C. P.); segunda, la que se desprende de la introducción de construcciones delictivas especiales llamadas a castigar a grupos de criminalidad organizada, cuando apenas realizan actividades previas a la ejecución de los delitos para los cuales se asocian, esto es, los eventos de *concierto para delinquir* (arts. 340 y sigtes. del C. P.).

Así mismo, en tercer lugar, para no caer en los graves yerros de la jurisprudencia nacional<sup>6</sup> –casi siempre proclive a las más extremas teorías subjetivas en estas materias–, el constructo en mención se debe diferenciar de la *empresa criminal común o conjunta*<sup>7</sup> de la que habla el actual Derecho internacional penal (*Joint criminal enterprise*)<sup>8</sup>

<sup>6</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Op. cit., nota 4; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de única instancia del 18 marzo de 2010, radicado: 2703, contra el Ex senador Álvaro Araujo Castro. Con razón, pues, SUÁREZ LÓPEZ (Op. cit., p. 60-61) constata la muy borrosa aplicación de esos institutos por parte de dicho ente judicial y advierte que, después de retomar las críticas hechas a ese fenómeno en el plano del Derecho internacional penal, “resulta contraria a principios del Derecho penal sustancial, tales como el de culpabilidad y el de legalidad, y a principios del Derecho penal procesal, tales como el de inocencia y el derecho de defensa”.

<sup>7</sup> Para AMBOS, Kai (Principios e imputación en el Derecho penal internacional. 1 ed. Barcelona: Atelier Libros S. A., 2008. p. 81), se debe entender “como un acuerdo común, expreso o tácito, para cometer ciertos actos criminales con un objetivo o finalidad criminal trascendente, como por ejemplo, en el caso de una iniciativa genocida, la destrucción de un grupo en concreto”.

<sup>8</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 66 y sigtes.; sin embargo, para OLÁSULO ALONSO, Héctor (Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho penal Internacional. *En*: Indret. Revista para el Análisis del Derecho. 2009, no. 3, p. 4 y sigtes.; OLÁSULO ALONSO, Héctor. Ensayos de Derecho penal y procesal Internacional. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké; Ministerio de Justicia y del Derecho; Unión Europea: Instituto Iberoamericano de la Haya, 2011. p. 300 y

y que aparece, por primera vez, en el caso Tadić resuelto por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, el día quince de julio de 1999 con manifestaciones en la jurisprudencia del Tribunal de Ruanda, para designar crímenes colectivos cometidos por grupos o individuos que actúan en cumplimiento de un designio común de carácter criminal preconcebido con anterioridad o surgido sobre la marcha, sin que tengan que pertenecer a ninguna estructura administrativa, militar, económica o política<sup>9</sup>; por supuesto, no se necesitan muchos esfuerzos para darse cuenta de que esta construcción académica impera en culturas que no conocen los distinguos entre autoría y participación propios de este entorno cultural<sup>10</sup>.

Finalmente, en cuarto lugar, la construcción académica en estudio se debe distinguir del instituto de la *responsabilidad penal del superior* previsto en los estatutos respectivos y aplicado por tribunales internacionales como los de la Ex Yugoslavia<sup>11</sup>, Ruanda<sup>12</sup> y, desde luego, por la Corte Internacional Penal<sup>13</sup>; este evento de estructura omisiva comporta la responsabilidad del superior jerárquico por los actos de sus subordinados, cuando se reúnan ciertos requisitos: a) la existencia de una relación jerárquica entre superior y subordinado; b) la omisión del superior encaminada a tomar las medidas necesarias

---

sigtes.) dicha elaboración apenas se alcanza a perfilar con claridad en decisión del 21 de mayo de 2003, caso Milutinovic, del mismo Tribunal.

<sup>9</sup> Cfr. OLÁSULO ALONSO, Op. cit., nota 8. p. 6.

<sup>10</sup> Puede asumir tres modalidades: a) *básica*: aquella en la cual los intervinientes en el crimen actúan sobre la base de un designio común; b) *sistemática*, que comprende casos como los campos de concentración, donde los crímenes los cometen cuerpos militares o administrativos con base en un plan o propósito común; y, la *extensiva* o forma de empresa en la que intervienen algunos autores materiales que toman parte en los actos, pero van más allá de lo acordado o exceden el plan común, aunque siguen constituyendo una consecuencia natural y previsible de la realización del plan. Cfr. AMBOS, Op. cit., nota 7. p. 68; OLÁSULO ALONSO, Op. cit., nota 8. p. 7.

<sup>11</sup> Emerge, con toda claridad del art. 7º del Estatuto. Sobre ello, Cfr. BERTONI, Eduardo Andrés. Autoría mediata por aparatos organizados de poder: Antecedentes y Aplicación Práctica. En: MACEDO, Francisco (Coord.) Los Caminos de la justicia penal y los derechos humanos. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú, abril de 2007, p. 5. [en línea]. <<http://www.dplf.org/uploads/1191421825.pdf>> [citado en diez de diciembre de 2013].

<sup>12</sup> Cfr. art. 6º.

<sup>13</sup> Véase art. 28.

para prevenir los crímenes de sus subordinados o castigarlos cuando ellos se han cometido, y c) el conocimiento del superior de la comisión de los crímenes, o que este tuviera razones para saber que se iban a cometer o ya se habían realizado<sup>14</sup>.

Por supuesto, cuando se intenta diferenciar la figura abordada de esos institutos se observa que ellos, incluida la coautoría –figura disuelta por la jurisprudencia colombiana de las últimas décadas, en contravía del derecho vigente, gracias al engendro expansionista llamado “*coautoría impropia*”<sup>15</sup>–, van de la mano de las concepciones subjetivas en materia del distingo entre autor y partícipe dominantes a finales del siglo XIX, que hoy pasan como “modernas” y no suponen ningún avance en estos ámbitos<sup>16</sup>.

### III. LA DISCUSIÓN NACIONAL

El debate sobre la forma como debe valorarse la conducta punible de quienes delinquen al interior de los aparatos criminales organizados de poder en la discusión vernácula, ha estado sometido –a grandes rasgos– a los mismos vaivenes doctrinarios<sup>17</sup> y jurisprudenciales<sup>18</sup> foráneos, aunque con la diferencia de que aquí no se observa el mismo nivel teórico<sup>19</sup> y el asunto termina por tener poca trascendencia desde el punto de vista práctico –que no teórico–, porque al autor, al coautor, al instigador y al autor mediato se les impone la misma pena<sup>20</sup>. Al efecto, es importante mirar qué tratamiento se le dio al asunto en vigencia de la pasada legislación y cuál se propone de cara a la presente.

<sup>14</sup> Cfr. AMBOS, Op. cit., nota 7, p. 72.

<sup>15</sup> Para la crítica de este instituto, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal, Parte general. 4 ed. Medellín: Editora Jurídica Comlibros, 2009. p. 909 y sigtes.

<sup>16</sup> *Ibíd.*, p. 875.

<sup>17</sup> Un resumen de la misma, en VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Op. cit., nota 2, p. 136 y sigtes.

<sup>18</sup> Para un estudio de las decisiones de los tribunales internacionales, véase OLÁSULO ALONSO, Ensayos de Derecho penal, Op. cit., nota 8, p. 227 y sigtes, 261 y sigtes.

<sup>19</sup> Deben destacarse, sin embargo, trabajos como los de CADAVID LONDOÑO, Paula. Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincencial. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Universidad de los Andes, 2013. p. 31 y sigtes.

<sup>20</sup> Así sucede, también, en el derecho alemán. Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. Autoría y Participación en el Derecho penal. San José: Editorial Jurídica Continental, 2006. p. 320.

**A.** *El C. P. de 1980.* Esta codificación<sup>21</sup>, como se sabe, no contemplaba la figura de la autoría mediata y sólo se refería al tema en su art. 23 intitulado “autores”, mientras que el art. 24 se destinaba a la complicidad. Lo anterior no significa, obvio es decirlo, que la doctrina colombiana de entonces ignorase el asunto, aunque no con la novedad de hoy; en efecto:

1. *La coautoría.* El autor de este escrito, quien no sólo fue el primero en tratar este asunto en el derecho nacional sino que de entrada rechazó la tesis de la autoría mediata en aparatos criminales organizados de poder, dijo entonces de manera escueta: “... parece evidente que en estos casos se está ante verdaderas hipótesis de coautoría, pues media división del trabajo y se comparte el dominio del hecho”<sup>22</sup>.

2. *La inducción.* También, un monografista como Suárez Sánchez planteó que esos casos debían resolverse con base en la figura de la inducción o instigación que, como se dijo, tenía previsión legal<sup>23</sup>.

3. *La autoría mediata.* A su turno, otro expositor como Posada Echavarría, quien acogió con cajas destempladas otros planteamientos y con puntos de apoyo en extremo discutibles –¡como aquel según el cual quienes abogaban por la tesis de la coautoría defendían la teoría subjetiva!–, postuló como alternativa más idónea la tesis de la autoría mediata aunque tuvo la honradez académica de advertir que “*de lege data* resulta posible adherir a cualquiera de las tesis que delimitan la calidad de la intervención de quienes actúan mediante aparatos organizados de poder”; incluso admitió la participación criminal, en sus modalidades de complicidad e inducción, en estos casos<sup>24</sup>.

**B.** *El C. P. de 2000.* Una lectura atenta de su articulado muestra que se prevén todas las formas de concurso de personas en el delito aunque no el instituto en examen; además indica que los únicos

---

<sup>21</sup> Véase LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *En*: AMBOS, Kai. *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado.* Bogotá: Editorial Temis, 2008. p. 169 y sigtes.

<sup>22</sup> Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal. Parte general.* 1 ed. Bogotá: Temis, 1994. p. 543; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal. Parte general.* 3 ed. Bogotá: Temis, 1997. p. 619.

<sup>23</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. *Autoría y Participación.* 2 ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 237.

<sup>24</sup> Cfr. POSADA ECHAVARRÍA, Plinio. *Una visión del «dominio de la voluntad por organización» y su aproximación al derecho penal colombiano.* *En*: Nuevo Foro Penal. Bogotá: Temis-Universidad de Antioquia, 2000. no. 62, p. 38-40.

eventos en materia de concurso de personas en el delito para los cuales se señala una diminuyente punitiva, son la complicidad y el fenómeno del interviniente del art. 30.

**C. La jurisprudencia.** La concepción de la autoría mediata en aparatos criminales organizados de poder ha sido acogida después de un largo camino lleno de sobresaltos y de notorias impropiedades dogmáticas, como lo muestra el siguiente recorrido<sup>25</sup>.

1. *La tesis de la “coautoría impropia”*. En efecto, en la Sentencia emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al conocer del crimen de Machuca –cometido por un conocido grupo guerrillero que dinamitó el oleoducto petrolero causando plurales muertes (casi cien) y lesiones personales (treinta)–, ese organismo se negó a debatir los alcances de la figura de la autoría mediata<sup>26</sup> a través de los aparatos criminales organizados de poder por estimar que se trataba de un evento de la mal llamada “coautoría impropia” y no de tal fenómeno<sup>27</sup>.

2. *La rebuscada concepción de la “coautoría por cadena de mando”*. Así mismo, todavía en el plano de la coautoría, mediante casación de dos de septiembre de 2009, radicado: 29221 –que dijo desterrar del debate la vieja figura de la “coautoría impropia”–, se acuñó la expresión “coautoría por cadena de mando”, en apariencia para

---

<sup>25</sup> Véase, CADAVID LONDOÑO, Op. cit., nota 19, p. 115 y sigtes., 212 y sigtes., 293 y sigtes., y OLÁSULO ALONSO, Op. cit., nota 18, p. 276 y sigtes.

<sup>26</sup> Que avaló la Procuraduría de entonces a través de sus voceros. Cfr. FARFÁN MOLINA, Francisco Javier. La masacre de machuca. Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. 1 ed. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, Imprenta Nacional, 2006. no. 8. p. 10 y 66.

<sup>27</sup> Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de siete de marzo de 2007, Magistrado ponente: Javier Zapata Ortiz, radicado: 23825; reiterada, en sentencia de ocho de agosto de 2007, Magistrada ponente: María del Rosario González de Lemos, radicado: 25974 (caso del fallido atentado criminal contra un reconocido periodista): “... la jurisprudencia de la Sala considera que quienes imparten las órdenes dentro de una de tales organizaciones tienen la condición de coautores materiales impropios por división de trabajo, y no, de autores mediatos como lo postula el profesor Roxin, de manera que ninguna incidencia tienen tales planteamientos en punto de la conducta aquí analizada”; no obstante, la misma corporación en sentencia de doce de septiembre de 2007, Magistrado ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán, radicado: 24448 (masacre de la Gabarra), se volvió a los planteos consignados en la primera decisión cuyos apartes se transcriben sin ningún aporte adicional.

designar la elaboración académica en examen<sup>28</sup>. Esta postura fue retomada en la sentencia de tres de diciembre de 2009, radicado: 32672, proceso contra Salvador Arana Sus, oportunidad en la cual también se ordenó compulsar copias para investigar al condenado por los hechos realizados por la organización criminal de la cual se dijo hacía parte<sup>29</sup>.

Esta última elaboración, adviértase, se repite en la sentencia de única instancia contra el exsenador Álvaro Araujo, radicado: 27032, de 18 de marzo de 2010, en la que no obstante no se adopta de forma expresa la tesis de la autoría mediata y, al repetir lo dicho en la sentencia citada en precedencia, se habla de la estructura paramilitar como una verdadera “cadena” en la que se presentan tres elementos: a) existencia de una organización integrada por una pluralidad de personas sustituibles; b) control o dominio de la organización por parte del hombre de atrás y a través de ella de sus integrantes sustituibles; y, c) conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecutan hechos ilícitos.

**3. La postura de la autoría mediata.** Fue solo en la sentencia contra el ex senador Álvaro Alfonso García Romero de 23 de febrero de 2010, radicado: 32805 –ya citada–, después de advertir que los cambios doctrinarios y jurisprudenciales sobre el asunto llevan a la Sala “a variar su jurisprudencia”, que se dijo: “(...) cuando se está ante el fenómeno delincinencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes –gestores, patrocinadores, comandantes– a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada –comandantes, jefes de grupo– a título de coautores; y a los

---

<sup>28</sup> Se dijo: “fenómeno de intervención plural de personas en principio articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes (los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes) realizan conductas punibles, es dable comprenderlo a través de la metáfora de la cadena. En este instrumento el que se constituye en un todo enlazado, los protagonistas que transmiten el mandato de principio a fin se relacionan a la manera de los eslabones de aquella. En esa medida, puede ocurrir que entre el dirigente máximo quien dio la orden inicial y quien finalmente la ejecuta no se conozcan”.

<sup>29</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencias de nueve de diciembre de 2009, radicado: 28779 y doce de mayo de 2010, radicado: 29200, también se ordenó investigar otros delitos en los que pudieron haber incurrido personas vinculadas con grupos paramilitares.

directos ejecutores o subordinados –soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos–, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad”. Se dio, pues, cabida a la autoría mediata en aparatos criminales organizados de poder cuando se trata de “gestores”, “patrocinadores” o “comandantes”; no obstante, si se alude a “los coordinadores de la función encargada” se les denomina coautores igual que a los ejecutores o subordinados.

Así mismo, en la sentencia de catorce de septiembre de 2011, radicado: 32000, en el caso del antiguo Director del extinguido DAS, Jorge Aurelio Noguera Cotes, se retomó lo ya dicho para calificar a éste como verdadero autor mediato que actúa valiéndose de un aparato criminal de poder para delinquir<sup>30</sup>.

También, en otras instancias judiciales como la Fiscalía General de la Nación, por medio de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, se ha reconocido este instituto<sup>31</sup>. De igual forma, lo acoge el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá al dictar sentencia de primera instancia – fechada el nueve de junio de 2010– contra el Coronel Luis Alfonso Plazas Vega, por las desapariciones de algunas personas a raíz de la toma del Palacio de Justicia los días seis y siete de noviembre

---

<sup>30</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de catorce de septiembre de 2011, radicado: 32000, folios 121 y sigtes. A ella, añádase: Auto de 26 de septiembre de 2012, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero, radicado: 38250, contra José Gregorio Mangonez Lugo y Omar Enrique Martínez Ossías, en la cual reitera posturas anteriores en las que acoge el evento de la autoría mediata en estos casos (folios 23 y sigtes., 28); Auto de 22 de mayo de 2013, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado: 40830, contra Ferney Alberto Argumedo Torres (folios 12 y sigtes.); Auto de doce de febrero de 2014, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado: 40214, contra Miguel Ángel Serrano Ossa, en el que se niega a aplicar la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder al entender que el caso encajaba dentro de la llamada “autoría impropia” (folios 20 y sigtes., 36).

<sup>31</sup> En dos procesos diferentes se ha reconocido la tesis de la autoría mediata en tratándose de aparatos organizados de poder: de un lado, en el radicado: 1556, providencia de 13 de mayo de 2005; y, del otro, en el proceso radicado: 2000, providencia de tres de octubre de 2005. Véase: APONTE CARDONA, Alejandro. *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho penal internacional*. 1 ed. Bogotá: Temis, 2008. p. 200-201.

de 1985<sup>32</sup>; dicho proveído judicial fue confirmado por mayoría mediante un mamotréptico escrito –¡al parecer confeccionado para competir en la web en tamaño con las sentencias contra Fujimori en el Perú!– expedido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el día 30 de enero de 2012<sup>33</sup>. De igual forma, hizo uso de ese instituto la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del dos de diciembre de 2010, radicado: RUN 110016000253200680281, en contra de Jorge Iván Laverde Zapata, alias ‘El Iguano’<sup>34</sup>.

También, el Juzgado Once Penal del Circuito Especializado de Bogotá, mediante sentencia fechada el 30 de marzo de 2011, radicado: RUN 080013107001 2008-00027-00, condenó al Señor Rodrigo Tovar

<sup>32</sup> Cfr. RUN 11001320700320080002500.

<sup>33</sup> Cfr. TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA PENAL. Sentencia de segunda instancia contra el Coronel retirado Alfonso Plazas Vega, radicado: RUN 110010704003200800025 09, treinta de enero 2012, con salvamento del Magistrado Hermes Darío Lara Acuña; en esta decisión el aparato criminal organizado de poder se hace derivar, sin embargo, de una suposición: “Los elementos de juicio que se han expuesto, entendidos dentro de una estructura lógica indiciaria, permiten establecer que existía, entre las fuerzas del Estado que participaron en la recuperación del Palacio de Justicia, una instrucción de exterminio físico total de los miembros del M-19 que realizaron la toma” (folio 566). En otras palabras: ¡el aparato criminal se funda en el hecho (supuesto) de que las Fuerzas del Estado montaron ese andamiaje para perseguir al grupo de criminales que se tomó el Palacio! ¡Nada más lejano de la construcción académica en examen!

<sup>34</sup> Dice la Sala: “... se ha logrado demostrar, no solo la existencia del grupo armado, también el dominio que el postulado tenía sobre el aparato de poder, precisamente por su condición de comandante del frente fronteras, posición que le permitía ejecutar las órdenes que provenían de los superiores e impartir todas aquellas que eran necesarias para desarrollar las políticas del grupo, al margen de la ley, pero con las cuales se identificaba y llevaba a la práctica... Analizados cada uno de los hechos enunciados, se pudo establecer que *los ejecutores materiales formaban parte de la estructura respecto de la que ostentaba el poder de mando el postulado JORGE IVAN LAVERDE ZAPATA, circunstancia que sin lugar a dudas lo ubica como autor mediato*, especialmente, porque se pudo demostrar que la actuación del postulado consistió en impartir la orden para que se cometieran los homicidios, en cumplimiento de los objetivos de la organización o retransmitirla cuando el mandato provenía de los mandos superiores” (folios 136 y 137, 138-139; cursivas añadidas). Además: TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA DE JUSTICIA Y PAZ. Auto de control de legalidad de cinco de octubre de 2012, radicado: RUN 11-001-60-00253-2007-52855, contra Ramón María Isaza Arango y otros, Magistrado Ponente: Eduardo Castellanos Roso, folios 338 y ss.

Pupo alias 'Jorge 40', como "autor mediato responsable de los delitos de homicidio en persona protegida y homicidio agravado, y autor directo de concierto para delinquir", a cuyo efecto se apoyó en la tesis de la autoría mediata en aparatos criminales organizados de poder<sup>35</sup>. Así mismo, el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá –que, para acabar de ajustar mal cita las opiniones del suscrito como apoyo de su esperpéntica construcción–, mediante sentencia del 28 de abril de 2011, radicado: 2009-0203, condenó por el entonces inexistente delito de desaparición forzada al General Jesús Armando Arias Cabrales a la pena de treinta y cinco años por los hechos del Palacio de Justicia (1985) e invocó, también de forma incorrecta la susodicha tesis<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Dice a folios 22: "podríamos calificar jurídicamente la participación de Rodrigo Tovar Pupo como la de un autor mediato que se vale de toda una estructura a su disposición. En efecto, las AUC constituyen un aparato organizado de poder, con una cadena de mando jerarquizada, en cuya cúpula se encuentra, entre otros, el aquí procesado, en su calidad de comandante del Bloque Norte. Además, el directo ejecutor era perfectamente intercambiable, de tal suerte que si se hubiese negado a cumplir la orden de ejecutar los homicidios, probablemente otro hubiera podido ejecutar ese plan y cumplir el propósito criminal" (cursivas añadidas).

<sup>36</sup> Esa dependencia judicial ["aunque no existe prueba que lo señale como el ejecutor directo de las desapariciones que aquí fueron objeto de averiguación..."] (folio 276)], señala lo siguiente: "A tal noción se adscribe el Despacho, teniendo en cuenta que doctrinalmente el dominio de la voluntad en esta forma de imputación, puede desarrollarse en tres modalidades: por coacción, por error y a través de aparatos organizados de poder, última en la que sin duda todos los intervinientes deben responder por la comisión de la ilicitud...Este concepto jurídico permite sostener que en estos casos son los jefes, los dirigentes o los directores, los que de manera exclusiva ostentan el dominio de los acontecimientos, a través de la estructura organizada de poder, lo que finalmente determina su condición de autores mediatos, figura que se caracteriza por la potestad que asiste a quien maneja facultativamente el sistema, no dirigido a una voluntad concreta sino a una indeterminada, ya que cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho como tal tendrá existencia" (folio 278).

**D. La doctrina.** En la discusión reciente se observan también diversos enfoques:

1. *La tesis autoría mediata.* En efecto, un grupo de autores [Márquez Cárdenas<sup>37</sup>, Reyes Cuartas<sup>38</sup>, Rivera Llano<sup>39</sup>, López Díaz<sup>40</sup> –quien de forma inconsecuente parte de la sistemática general de Jakobs pero acoge la tesis de Roxin–, Aponte Cardona<sup>41</sup>, Suárez Sánchez<sup>42</sup> –ahora converso a estas tesis después de defender la concepción de la determinación–, Velásquez Niño<sup>43</sup> y Suárez López<sup>44</sup>, entre los nacionales, a los cuales se suma el peruano Meini<sup>45</sup>], al esgrimir posturas en las que no se observan construcciones académicas y

<sup>37</sup> Cfr. MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La autoría mediata en el Derecho penal. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002. P. 248; MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La Autoría mediata: autor detrás de autor en organizaciones criminales: narcotráfico, paramilitares, guerrilleras y mafiosas. En: Diálogos de saberes: investigaciones en Derecho y ciencias sociales, no. 23. Bogotá: Universidad Libre, 2005. p. 20 y 33, afirma que “esta teoría no contradice la normativa vigente en Colombia”, aunque al comienzo –de forma contradictoria– reconoce que el art. 29 inc. 1° del C. P. sólo prevé la figura del autor mediato que se vale de otro como instrumento.

<sup>38</sup> Este autor (cfr. REYES CUARTAS, José Fernando. La autoría mediata con aparatos organizados de poder. En: Derecho Penal y Criminología, no. 75. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 156) pretende obligatorio asumir el planteo propio de la autoría mediata para no propiciar “tratamientos más benignos punitivamente” (!), como si no fuera obvio que en el derecho positivo a los autores en sus diversas modalidades se les impusiera la misma pena; esto, claro está, a no ser que se pretenda emplear dicho instituto para encubrir vacíos probatorios y potenciar formas de responsabilidad objetiva, como de hecho sucede.

<sup>39</sup> Cfr. RIVERA LLANO, Abelardo. Derecho penal posmoderno. 1 ed. Bogotá: Temis, 2005. p. 472.

<sup>40</sup> Véase, LOPEZ DÍAZ, Claudia. El caso colombiano. En: AMBOS, Kai. Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado. Bogotá: Editorial Temis, 2008. p. 178 y sigtes.

<sup>41</sup> Véase, APONTE CARDONA, Op. cit., nota 31, p. 203.

<sup>42</sup> Véase, SUÁREZ SÁNCHEZ, Op. cit., nota 23, p. 288.

<sup>43</sup> Para quien, sin ninguna discusión dogmática y político criminal seria, se torna muy fácil acomodar esa construcción en el art. 29 (cfr. VELÁSQUEZ NIÑO, Jorge. La autoría mediata por medio de estructuras organizadas de poder: el caso colombiano. En: Realidades y tendencias del Derecho en el Siglo XXI. Bogotá: Universidad Javeriana/Temis, 2010, Tomo III. p. 279-281).

<sup>44</sup> SUÁREZ LÓPEZ, Op. cit., nota 4, p. 5, 22 y 60.

<sup>45</sup> MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. Problemas de autoría y participación en la criminalidad estatal organizada. En: Nuevo Foro Penal, no. 68. Medellín: Universidad Eafit, 2005. p. 67 y 68.

político-criminales idóneas y en muchos casos fruto de la intuición, entiende que “el hombre del sofá” y quien esté incardinado en un aparato criminal organizado de tal modo que pueda dar órdenes a personas subordinadas a él y haga uso de esa facultad para la realización de acciones punibles, debe ser tratado como un verdadero autor mediato. Incluso, algunos de ellos, después de hacer trizas el principio de legalidad, afirman que el art. 29 prevé la autoría mediata a través de aparatos criminales organizados de poder de forma expresa<sup>46</sup>.

2. *La concepción que opta por la determinación.* Otro sector doctrinario, que lidera Hernández Esquivel, luego de entender que la tesis de la autoría mediata no es aplicable en el derecho colombiano se inclina por la determinación<sup>47</sup>.

3. *La postura que aboga por la coautoría.* A su turno, el autor de este estudio –una vez entrado en vigor el nuevo Código Penal: Ley 599 de 2000– ha insistido en su tesis primigenia pero de forma matizada, para sostener que “el asunto, sin embargo, es en extremo polémico y no se pueden hacer encasillamientos tajantes o absolutos, olvidando las particularidades de cada caso y el punto de partida que se asuma, pues nada impide concebir en un aparato organizado de poder verdaderos fenómenos de autoría mediata –en el sentido en que aquí se entiende–, o casos de inducción; aunque, se repite, en principio se tratará de casos de coautoría si se presentan las exigencias de la misma”<sup>48</sup>. Esta línea doctrinal ha sido acogida

---

<sup>46</sup> Así, REYES CUARTAS, Op. cit., nota 38, p. 154; MEINI MÉNDEZ, Op. cit., nota 45, p. 67 y 68; SUÁREZ SÁNCHEZ, Op. cit., nota 23, p. 288 y SUÁREZ LÓPEZ, Op. cit., nota 4, “Aproximación a la problemática de la responsabilidad”, p. 60, para quien –apoyado en argumentos de aparente autoridad– “...para ello no es necesaria una reforma legal, pues, como lo ha reconocido la Sala Penal (sic) de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 29 del Código Penal admite perfectamente esta interpretación”. En otras palabras: este autor parece conferirle poderes de legislador a dicho tribunal y llama “interpretación” a lo que, desde una perspectiva estrictamente hermenéutica, no es más que la postulación de la violación del principio de legalidad de los delitos y de las penas.

<sup>47</sup> Así, HERNÁNDEZ ESQUIVEL. Autoría y participación. En: AA. VV.: Lecciones de Derecho penal, parte general. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 274.

<sup>48</sup> Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho penal, parte general. 1 ed. Bogotá: Temis, 2002. p. 447-448; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho penal, parte general. 2 ed. Bogotá: Temis, 2004, p. 455; VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho penal, parte general. 3 ed.

por Cadavid Londoño, en su Tesis Doctoral, sin duda la mejor contribución nacional monográfica sobre la materia<sup>49</sup>.

4. *La mal llamada “coautoría impropia”*. Así mismo, como si ese engendro jurisprudencial no hubiese sido desterrado de la ley penal –así sea recordado con frecuencia por jueces subjetivistas– como fue el querer explícito de los legisladores que expidieron el C. P. de 2000, un autor como Sánchez Herrera –luego de asumir de forma correcta la imposibilidad de deducir de la ley vigente la figura en examen– pretende que la mejor solución es esa<sup>50</sup>. En otras palabras: ¡una postura de conveniencia propia de estos tiempos de autoritarismo y de expansión!

5. *Otros caminos*. Finalmente, Bernate Ochoa –cuya reflexión apunta a los delitos de género– después de calificar la tesis roxiniana como “inaceptable en nuestro medio”<sup>51</sup>, cosa que también hace con las demás propuestas, ensaya el empleo de algunas figuras de la Parte Especial para castigar a quienes delinquen en los ámbitos mencionados al interior de este tipo de aparatos criminales, como el constreñimiento a delinquir y la inducción a delinquir en sus diversas modalidades, pero termina desechándolas por insuficientes, sin asumir una postura clara al respecto; en fin, clama por una reforma

---

Medellín: Editora Jurídica Comlibros, 2007. p. 450-451, fundamentando mejor su postura y restándole importancia práctica a la discusión, pues “el autor, el coautor, el instigador y el autor mediato se hacen acreedores a la misma pena”, p. 451; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Op. Cit., nota 15, p. 893 a 895; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte general. 5a ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013. p. 580.

<sup>49</sup> Véase CADAVID LONDOÑO, Op. cit., nota 19, p. 276 y sigtes, 426 y sigtes.

<sup>50</sup> SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. La autoría en los aparatos organizados de poder. La situación en la jurisprudencia nacional. En: Huellas. Reflexiones sobre el Derecho penal, no. 72. Bogotá: Fiscalía general de la Nación, 2011. p. 136: “... la tesis de la coautoría impropia, es la que mejor se adapta al caso, toda vez que en nuestro sentir, como bien lo destaca la Corte, el hecho de que los cabecillas dominen y pongan en marcha la maquinaria delictiva, consigan recursos, los administren, los asignen a los planes operativos concretos, tracen políticas de ataques y de selección de objetivos, condicionan per se su autoría. Motivo por el cual no podría hablarse de determinación o inducción”.

<sup>51</sup> Cfr. BERNATE OCHOA, Francisco. La imposibilidad de la aplicación de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder en el sistema legal colombiano. En: Revista internacional Derecho penal contemporáneo, no. 36, julio-septiembre. Bogotá: Editorial Legis, 2011. p. 10.

legal en esta materia cuando no por la reformulación de algunas de las propuestas actuales<sup>52</sup>.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

A esta altura de la exposición bien vale la pena retomar algunas ideas expuestas en otras sedes<sup>53</sup>, para poner punto final en este escrito.

Sin duda, en el derecho colombiano –mientras no se produzca una reforma que incluya directamente el instituto en examen<sup>54</sup>– el asunto discutido sólo puede ser abordado a partir de las categorías tradicionales en materia de imputación que, como han sido pensadas para una criminalidad diferente a la que hoy acompaña a las modernas organizaciones sociales hundidas en una creciente globalización económica y asoladas por el terrorismo, deben ser actualizadas y modernizadas.

Acudir a la tesis de la autoría mediata no sólo supone violentar el texto legal sino partir de una construcción sofisticada y, como lo muestra el Profesor alemán Schild, ambivalente<sup>55</sup>, que supone sin fundamento la existencia de una construcción uniforme para los aparatos criminales organizados de poder cuando las características de cada uno distan de ser uniformes y precisas. Basta con examinar, a título de ejercicio académico, los “grupos de casos” que propone Ambos<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 21 y sigtes.

<sup>53</sup> Sobre ello, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Op. cit., nota 2, p. 136 y sigtes; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. ¿Los líderes paramilitares: ¿autores mediatos por medio de aparatos criminales organizados de poder? *En*: Revista de Derecho Penal, Imputación, causalidad y Ciencia-III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011. p. 79 y sigtes.

<sup>54</sup> Recuérdese la postura de BOLEA BARDÓN, Carolina. Autoría mediata en Derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 374.

<sup>55</sup> Véase, al respecto, lo que señala SCHILD, Wolfgang. Täterschaft. *En*: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich. Nomos Kommentar zum strafgesetzbuch, t. I. 3 ed. Baden Baden: Nomos Verlag, 2010. p. 1062-1063; otras críticas en HEINE, Günter /WEIßER, Bettina. Täterschaft. *En*: SCHÖNKE-SCHRÖDER. Strafgesetzbuch. Kommentar. 29 ed. München: C. H. Beck, 2014. p. 525-526.

<sup>56</sup> Cfr. AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. tr. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998. p. 32 y sigtes.; AMBOS, Kai. Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kristische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze. *En*: Goldammer's Archiv für Strafrecht, no. 5. Heidelberg: R. v. Decker, 1998. p. 235 y sigtes.

para captar que ello es así: no se pueden parificar las estructuras criminales de poder del nacionalsocialismo con las propias de las dictaduras latinoamericanas de los años setenta (Argentina y Chile) o con las imperantes en la antigua República Democrática Alemana; tampoco, para hablar de los delitos cometidos en el seno de aparatos de poder de organizaciones no estatales, es posible asimilar las construcciones propias de los carteles de la droga colombianos –que el mismo profesor alemán se resiste a ubicar en este escenario<sup>57</sup>– con las de las mafias italianas o con la máquina sanguinaria de terror puesta en escena por los paramilitares patrios. Es más, un análisis detenido de esa postura –cuyos mayores logros se producen en el ámbito de los aparatos organizados de criminalidad estatal<sup>58</sup>– permite concluir que ella se confecciona a partir de la dogmática de la Parte General, para evadir vacíos y/o dudas probatorias, que, recuérdese, se evidencian cuando se examinan las conductas llevadas a cabo valiéndose de o dentro de los aparatos organizados de poder.

Por ahora, pues, para juzgar las conductas ya cometidas se tiene que acudir a las categorías dogmáticas tradicionales alimentadas por construcciones como la del dominio del hecho, sin hacer encasillamientos tajantes o absolutos que olviden las particularidades de cada caso y el punto de partida asumido<sup>59</sup>. Por ello, nada impide concebir en un aparato organizado de poder verdaderos fenómenos de coautoría<sup>60</sup>, de autoría mediata –en el sentido tradicional, antes

---

<sup>57</sup> Cfr. AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad, Op. cit., nota 56, p. 49: "...también en el caso de los llamados «carteles de la droga» colombianos difícilmente podrá demostrarse la existencia de una estructura de organización de carácter jerárquico”.

<sup>58</sup> Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, Op. cit., nota 20, p. 315.

<sup>59</sup> Cfr. BOLEA BARDÓN, Op. cit., nota 54, p. 370 y 401; JOSHI JUBERT, Ujala. Sobre el concepto de *organización* en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLVIII, Fasc. II, mayo-agosto de 1995. Madrid: Ministerio de Justicia, 1995. p. 657 y sigtes.

<sup>60</sup> Así, GARCÍA VITOR, Enrique. La tesis del «dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder». En: Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin. Córdoba: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2001. p. 347 y 348; para CASTILLO GONZÁLEZ, Op. cit., nota 20, p. 133, 213, 309 y sigtes., es un caso de coautoría. Por su parte, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Derecho penal, Parte general, 7 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. p. 448 y sigtes.), después de advertir que es casi imposible encontrar una solución unitaria, hace

de que se expandiera casi sin límites esta construcción<sup>61</sup>– o hipótesis de inducción e, incluso, casos de complicidad o de autoría accesoria o paralela.

Sin duda, fuera de los delitos cometidos dentro de la maquinaria criminal, se debe imputar la figura de concierto para delinquir<sup>62</sup> prevista para combatir grupos de criminalidad organizada y aplicable con independencia de que los plurales agentes realicen o no las conductas para las cuales se concertaron (véase, arts. 340 y ss. del C. P.); con la advertencia, eso sí, de que estas construcciones no se pueden volver tipos penales de captación –donde toda conducta, por inane que sea, queda arropada– o mecanismos que reemplacen a la conspiración propia del Derecho anglosajón que llevan el Derecho penal de autor hasta sus manifestaciones más extremas, como hace una decadente y caprichosa jurisprudencia en esta materia<sup>63</sup>. Esta conclusión se impone, a pesar de que los defensores foráneos de la tesis de la autoría mediata la dejan de lado –cosa en la cual no reparan sus inconsecuentes voceros nacionales–, por estimar que la realización de dicha conducta nada tiene que ver con la conformación del aparato criminal, incluso si se ha nombrado

---

una triple distinción: en el ámbito de la criminalidad estatal o paraestatal, habla de autoría mediata; para las organizaciones criminales de carácter no estatal, afirma la coautoría; y, en el marco de organizaciones de carácter empresarial, se inclina por la coautoría o la “coautoría mediata”. Las distintas posturas sobre la delincuencia en la empresa, en ARAMBURO CALLE, Maximiliano Alberto. La delincuencia en la empresa: problemas de autoría y participación en delitos comunes. En: Nuevo Foro Penal, no. 68. Medellín: Universidad Eafit, 2005. p. 93 y sigtes., p. 93 y sigtes.

<sup>61</sup> Así, ARAMBURO CALLE, *idem*, p.114. No obstante, de forma equivocada, ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. tr. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1998. p. 268-269, pretende que quedan excluidos de su construcción los eventos de coacción y error, con el argumento –en el primer caso– de que a lo largo de los procesos de Nürnberg no se detectó “ni un solo caso” lo que, obvio es decirlo, no puede significar que no se haya acudido a ese medio; lo mismo, en casos de error, que descarta con un argumento todavía más sorprendente: “por lo general, sucederá que el autor directo puede en todo caso acallar la voz de su conciencia con la idea de la superior responsabilidad de quien da las órdenes”, con lo que es la “voz de la conciencia” el único componente dogmático que justifica tal exclusión.

<sup>62</sup> Así, MEINI MÉNDEZ, *Op. cit.*, nota 45, p. 64.

<sup>63</sup> Sobre ello, LÓPEZ MOJICA, Adriana Cristina. El concierto para delinquir y el tránsito legislativo suscitado por la Ley 1.121 de 2006. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2010. p. 79 y sigtes.

jefe, pues se cree que se trata de una asociación individual que no dispone de la fungibilidad de sus miembros<sup>64</sup>.

En fin, no se debe olvidar que el Derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho no puede tolerar que los derechos de las personas –verdadero patrimonio de la cultura occidental– se pisoteen, por más que se trate de juzgar las más horrendas manifestaciones criminales; el imperio de la seguridad jurídica, no se olvide, demanda que a todo ciudadano se le escuche y se le venza en juicio y no se le condene al vaivén de los intereses políticos del momento o con acomodo de proclamas académicas de moda, al compás de las modernas cacerías de brujas medievales que se escudan tras de lo que no es un Derecho penal al servicio de la democracia.

## V. BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: Lecciones de Derecho penal, Parte general. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. tr. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998.

------. La Parte general del Derecho penal internacional. trad. de Ezequiel Malarino. Bogotá: Editorial Temis, 2005.

------. Dominio por organización. Estado de la discusión. En: Derecho penal contemporáneo: Revista Internacional. Bogotá: Legis, 2007, no. 19. p. 5-50.

------. Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kristische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze. En: Goldammer's Archiv für Strafrecht, no. 5. Heidelberg: R. v. Decker, 1998. p. 226-245.

------. Principios e imputación en el Derecho penal internacional. 1 ed. Barcelona: Atelier Libros S. A., 2008.

------. Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado. Bogotá: Editorial Temis, 2008.

------. Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori. En: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, año 4, 2009, no. 11 p. 552-564. [en línea] «<http://www.zis-online.com>» [citado en diez de diciembre 2013].

---

<sup>64</sup> Cfr. ROXIN, Op. cit., nota 60, p. 276; como él, POSADA ECHAVARRÍA, Op. cit., nota 24, p. 39-40.

----- (coord.). Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado. Bogotá: GTZ/Fiscalía, Embajada de la República Federal de Alemania. Editorial Temis, Georg-August-Universität Göttingen, 2008.

AMBOS, Kai; GRAMMER, Christoph. Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. En: Revista Penal, no. 12; s/1, La Ley, 2003, p. 11-41; también, En: Revista de Derecho Penal y Criminología, no 77. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 103-130.

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (ed.). Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana. Montevideo: Georg-August-Universität Göttingen/Konrad Adenauer Stiftung, 2008. [en línea] «<http://lehrstuhl.jura.unigoettingen.de/kambos/Person/doc/JURISPRUDENCIA%20LATINOAMERICANA%20final.pdf>» [citado en diez de diciembre 2013].

ARAMBURO CALLE, Maximiliano Alberto. La delincuencia en la empresa: problemas de autoría y participación en delitos comunes. En: Nuevo Foro Penal, no. 68. Medellín: Universidad Eafit, 2005. p. 93-144.

BERNATE OCHOA, Francisco. La imposibilidad de la aplicación de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder en el sistema legal colombiano. En: Revista internacional Derecho penal contemporáneo, no. 36. Bogotá: Legis, julio-septiembre 2011. p. 29-61.

----- La imposibilidad de la aplicación de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder en el sistema legal colombiano y los delitos de constreñimiento a delinquir y de inducción a delinquir como posibles fórmulas de solución. En: Serie documentos, no. 60. Bogotá: Universidad del Rosario, 2011.

BERTONI, Eduardo Andrés. Autoría mediata por aparatos organizados de poder: Antecedentes y aplicación práctica. En: MACEDO, Francisco (Coord.) Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú, abril de 2007. p. 1-10. [en línea]. «<http://www.dplf.org/uploads/1191421825.pdf>» [citado en diez de diciembre de 2013].

BOLEA BARDÓN, Carolina. Autoría mediata en Derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

CADAVID LONDOÑO, Paula. Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincencial. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez- Universidad de los Andes, 2013.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. Autoría y Participación en el Derecho penal. San José: Editorial Jurídica Continental, 2006.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de siete de marzo de 2007, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, radicado: 23825.

----- Sentencia de ocho de agosto de 2007, Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos, radicado: 25974.

----- Sentencia de doce de septiembre de 2007, Magistrado Ponente: Magistrado ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán, radicado: 24448.

----- Sentencia de dos de septiembre de 2009, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas, radicado: 29221.

----- Sentencia de tres de diciembre de 2009, sin Magistrado Ponente, radicado: 32672.

----- Sentencia de 9 de diciembre de 2009, sin Magistrado Ponente, radicado: 28779.

----- Sentencia de única instancia de 23 de febrero de 2010, sin Magistrado Ponente, radicado: 32805.

----- Sentencia de única instancia de doce de mayo de 2010, sin Magistrado Ponente, radicado: 29200.

----- Sentencia de única instancia de catorce de septiembre de 2011, Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero, radicado: 32000.

----- Auto de 26 de septiembre de 2012, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero, radicado: 38250.

----- Auto de 22 de mayo de 2013, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado: 40830.

----- Auto de doce de febrero de 2014, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado: 40214.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. El Derecho penal ante la criminalidad organizada. Nuevos retos y límites. En: VALCÁRCEL LÓPEZ, Marta; GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, Faustino (coord.). La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001, p. 85-126.

FARFÁN MOLINA, Francisco Javier. La masacre de machuca. Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. En: Revista Fallos y Conceptos, no. 8. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, Imprenta Nacional, 2006. 140 p.

GARCÍA VITOR, Enrique. La tesis del «dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder». En: BALCARCE, Fabián I. *et al.* Nuevas

formulaciones en las Ciencias penales: homenaje a Claus Roxin. Córdoba: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2001, p. 327-348.

HERNÁNDEZ NORIEGA, Alexandra; CABALLERO RODRÍGUEZ, Juan Pablo; ARANGO ZAMBRANO, María del Rosario. Reflexiones sobre la aplicabilidad de la «teoría de autoría mediata en aparatos organizados de poder» en Colombia. En: Revista de la Pontificia Universidad Javeriana Universitatis Estudiantes In Memoriam Juan Rodrigo Villamil, no. 5. Bogotá, enero-diciembre, 2008. p. 65-84.

HEINE, Günter / WEIßER, Bettina. Täterschaft. En: SCHÖNKE-SCHRÖDER. Strafgesetzbuch. Kommentar. 29 ed. München: C. H. Beck, 2014. p. 517-538.

JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. tr. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. 1 ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1995.

JOSHI JUBERT, Ujala. Sobre el concepto de *organización* en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1995, ponente Excmo. Sr. Bacigalupo. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLVIII, Fasc. II, mayo-agosto de 1995, Madrid: Ministerio de Justicia, 1995, p. 657-683.

JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ. Sentencia de primera instancia de nueve de junio de 2010, radicado: RUN 11001320700320080002500, contra el Coronel Luis Alfonso Plazas Vega.

JUZGADO ONCE PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ. Sentencia de 30 de marzo de 2011, radicado: RUN 080013107001 2008-00027-00, contra Rodrigo Tovar Pupo alias 'Jorge 40'.

JUZGADO 51 PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ. Sentencia de abril 28 de 2011, radicado: 2009-0203, contra el General Jesús Armando Arias Cabrales.

LÓPEZ MOJICA, Adriana Cristina. El concierto para delinquir y el tránsito legislativo suscitado por la Ley 1.121 de 2006. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2010.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E. La autoría mediata en el Derecho penal. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

----- La autoría mediata en Derecho penal. Formas de instrumentalización, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2009.

----- Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho. En: Diálogos de saberes: investigaciones en Derecho y ciencias sociales, no 22. Bogotá: Universidad Libre, 2005. p. 95-116.

------. La autoría mediata: autor detrás del autor en organizaciones criminales: narcotráfico, paramilitares, guerrilleras y mafiosas. En: Diálogos de saberes: investigaciones en Derecho y ciencias sociales, no. 23. Bogotá: Universidad Libre, 2005. p. 19-34.

MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. Problemas de autoría y participación en la criminalidad estatal organizada. En: Nuevo Foro Penal, no 68. Medellín: Universidad Eafit, 2005. p. 62-92.

------. El dominio de la organización en Derecho Penal. Lima, Palestra, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal, Parte general, 7 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

OLÁSULO ALONSO, Héctor. Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho penal internacional. En: Indret. Revista para el Análisis del Derecho. 2009, no. 3, p. 1-24.

------. Ensayos de Derecho penal y procesal internacional. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké. Ministerio de Justicia y del Derecho. Unión Europea: Instituto Iberoamericano de la Haya, 2011.

PASTOR, Daniel. El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.). Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. vol. 2, Madrid: Edisofer; Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2006, p. 475-522.

POSADA ECHAVARRÍA, Plinio. Una visión del «dominio de la voluntad por organización» y su aproximación al Derecho penal colombiano. En: Nuevo Foro Penal. Bogotá: Temis-Universidad de Antioquia, 2000, no. 62, p. 38-40.

REYES CUARTAS, José Fernando. La autoría mediata con aparatos organizados de poder. En: Derecho Penal y Criminología, no. 75. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 135-157.

RIVERA LLANO, Abelardo. Derecho penal posmoderno. 1 ed. Bogotá: Temis, 2005.

ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, 8 ed. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 2006.

------. Autoría y dominio del hecho en Derecho penal. tr. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1998.

------. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la clausura del curso de Doctorado Problemas Fundamentales del Derecho Penal y la

Criminología de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. [en línea] «<http://www.iustel.com/v2/revistas/>» [citado en diez de diciembre de 2013].

----- . Strafrecht. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat, t. II. München: C. H. Beck, 2003.

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. La autoría en los aparatos organizados de poder. La situación en la jurisprudencia nacional. En: Huellas. Reflexiones sobre el Derecho penal, no. 72, julio de 2011. Bogotá: Fiscalía General de la Nación. p. 121-136.

SCHILD, Wolfgang. Täterschaft. En: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich. Nomos Kommentar zum strafgesetzbuch, t. I. 3 ed. Baden Baden: Nomos Verlag, 2010. p. 990-1077,

SCHÜNEMANN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. tr. Mariana Sacher. En: Derecho penal y criminología, 2004, no. 75, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 13-25.

----- . El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata, trad. de María Carolina Palma Vargas: En: Derecho penal y criminología, 2004, no. 75, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 27-42.

----- . Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio. Madrid: Tecnos, 2002.

----- . Aspectos Puntuales de la Dogmática Jurídico-penal. Bogotá: Ibáñez/ Universidad de Santo Tomás, 2007.

SUÁREZ LÓPEZ, Carlos Alberto. Aproximación a la problemática de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales. En: Huellas. Reflexiones sobre el Derecho penal, no. 72. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, julio de 2011, p. 5-62.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Autoría y Participación. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

----- . Autoría y Participación. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA DE JUSTICIA Y PAZ. Sentencia de dos de diciembre 2 de 2010, radicado: RUN 110016000253200680281, en contra de Jorge Iván Laverde Zapata, alias 'El Iguano'.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA PENAL. Sentencia de segunda instancia, de 30 de enero de 2012, radicado: RUN 110010704003200800025 09, contra el Coronel retirado Alfonso Plazas Vega.

VELÁSQUEZ NIÑO, Jorge. La autoría mediata por medio de estructuras organizadas de poder: el caso colombiano. En: Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI. t. III. Bogotá: Universidad Javeriana/Temis, 2010. p. 259-284.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho penal, Parte general. 1 ed. Bogotá: Temis, 2002.

----- . Manual de Derecho penal, Parte general. 2 ed. Bogotá: Temis, 2004.

----- . Manual de Derecho penal, Parte general. 3 ed. Medellín: Editora Jurídica Comlibros, 2007.

----- . Manual de Derecho penal, Parte general. 4 ed. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2010.

----- . Manual de Derecho penal, Parte general. 5 ed. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2013.

----- . Derecho penal. Parte general. 1 ed. Bogotá: Temis, 1994.

----- . Derecho penal, Parte general. 4 ed. Medellín: Editora Jurídica Comlibros, 2009.

----- . Los líderes paramilitares: ¿autores mediatos por medio de aparatos criminales organizados de poder? En: Libro Homenaje: Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI, Derecho penal. Tomo III. Bogotá: Universidad Javeriana, Temis, 2010. p. 231-258.

----- . Los líderes paramilitares: ¿autores mediatos por medio de aparatos criminales organizados de poder? En: Revista de Derecho Penal, Imputación, causalidad y Ciencia-III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011. p. 79-116.

----- . Los aparatos criminales organizados de poder. En: Cuadernos de Derecho no 4, 2010, p. 173-190. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda [En línea] «[http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/cuadernos-de-derecho-penal4.htm](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal4.htm)» [citado en diez de diciembre de 2013].

----- . Justicia internacional penal. Presente y futuro. En: Jueces para la democracia. no. 74, 2012. p. 375 y sigtes.

----- . La concurrencia de personas en el delito y los aparatos criminales organizados de poder. En: Derecho, Universalidad y conocimiento: Homenaje a Miguel Valadez Reyes. México: Universidad de Guanajuato, 2010. p. 136-137.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro. Derecho penal, Parte general. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.



## VIDEOVIGILANCIA Y SU EFICACIA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

*JOSÉ FRANCISCO ETXEBERRIA GURIDI\**

### RESUMEN

El texto se ocupa del uso de la videovigilancia (captación de imágenes) en el proceso penal español que, pese a fallidas reformas, no cuenta con previsión expresa pero sí con reconocimiento jurisprudencial. Sobre su uso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en decisiones acogidas por los tribunales españoles, insiste en que las intromisiones en la vida privada deben estar previstas en la ley y han de ser necesarias para prevenir el delito, pero deben tener fundamento en el derecho interno. Además, el autor efectúa distinciones cualitativas entre la captación de la imagen y del sonido; y, al ocuparse de la Ley Orgánica cuatro de 1997, señala que aún en lugares públicos caben manifestaciones de la intimidad de las personas que pueden ser afectadas de “forma directa y grave”, por lo cual no se pueden utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos, salvo que medie autorización judicial.

### PALABRAS CLAVE

Videovigilancia, proceso penal, principio de legalidad, principio de proporcionalidad, derechos fundamentales, intimidad personal, inviolabilidad domiciliaria, actos de investigación, reserva judicial, grabaciones videográficas.

---

\* Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco. Este trabajo ha sido realizado en el marco de las actividades del Grupo de Investigación Consolidado del “Sistema Interuniversitario Vasco (2013-2018)”: “Derechos Fundamentales y Unión Europea” (IT-675-13) y UFI 11/05, dirigido por el Prof. Gurutz JÁUREGUI BEREZIARTU.

## I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la videovigilancia está experimentando una expansión sin precedentes en los últimos tiempos. De las iniciales aplicaciones, que podríamos calificar de excepcionales, vinculadas con la seguridad pública, con la seguridad privada –particularmente en relación con la seguridad en bancos, cajas de ahorro y entidades financieras–, con la prevención de la violencia en espectáculos deportivos o con el ejercicio de las facultades de control en el ámbito de la empresa, se ha pasado a la utilización de la videovigilancia en ámbitos inimaginables hace pocos años; y lo ha hecho, además, de forma generalizada.

Como se dice más adelante, el empleo de las técnicas de videovigilancia incide de lleno en la esfera de los derechos del individuo. Como se verá, la relación de estos derechos es amplia y la mayoría se encuentran tutelados en nuestra Norma Constitucional como fundamentales. Desde esta perspectiva, y en concreto desde la visión del derecho a la protección de los datos de carácter personal (*Habeas data*)<sup>1</sup>, la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) ha adoptado instrucciones, informes y consultas en materia de videovigilancia que permiten hacernos una idea de los derroteros por los que camina recientemente el empleo de estas técnicas<sup>2</sup>. No resultan ajenos a dicho fenómeno expansivo los

<sup>1</sup> En Colombia, ha entrado recientemente en vigor (abril de 2013) la Ley 1581 de 2012, de 17 de octubre, de protección de datos personales, desarrollada por el Decreto 1377 de 2013, de 27 de junio.

<sup>2</sup> Muestra de la preocupación existente desde la perspectiva de los derechos (en particular del derecho a la protección de datos) es la elaboración por la AEPD de una “Guía de Videovigilancia” en el año 2009. Los informes emitidos por la AEPD dan cuenta de los diferentes ámbitos en que se está aplicando la videovigilancia y de la preocupación y de las quejas de los ciudadanos. Podemos hallar informes sobre el uso de estas técnicas, además de los ámbitos indicados, para la vigilancia de elementos comunes en inmuebles, comunidades de vecinos, videoporteros, para la vigilancia en piscinas, en taxis, en parkings, para fines turísticos mediante la colocación de webcams, para la vigilancia en espacios educativos o escolares –colegios, e incluso en guarderías–, Etc. [en línea] «<https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informesjuridicos/videovigilancia/index-ides-idphp.php>». En relación con este fenómeno expansivo de la videovigilancia y la necesidad de adecuar la misma a las exigencias del derecho fundamental a la protección de datos, cabe destacar la decisiva Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la AEPD, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

constantes avances en el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información<sup>3</sup>.

El empleo de dispositivos de videovigilancia en los diversos ámbitos anteriormente mencionados se encuentra, las más de las veces, provisto de una habilitación legal. Por regla general, se trata de una regulación parca, que no aborda con la suficiente profundidad cuestiones esenciales relacionadas con tecnologías invasoras de la esfera de los derechos más esenciales del individuo. No dista mucho la situación relativa a la utilización de la videovigilancia en el marco del proceso y, en concreto, con motivo de la actividad probatoria. También en estos casos la regulación existente deja mucho que desear, pues se limita de ordinario a mencionar entre los medios probatorios utilizables los de reproducción de la imagen y el sonido, pero poco más. Desde esta perspectiva de la habilitación legal el estado de la cuestión es mucho más preocupante en el orden jurisdiccional penal, donde brilla por su ausencia cualquier referencia expresa al respecto<sup>4</sup>.

Precisamente, en este trabajo nos ocupamos de la utilización de la videovigilancia en el proceso penal. Ello no significa que debamos obviar las escasas manifestaciones normativas sobre la materia. En efecto, nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) no contiene referencia alguna a la utilización de la videovigilancia como medio o diligencia de investigación de los hechos criminales y de sus autores, ni tampoco como medio de prueba. Como tendremos oportunidad de comprobar, la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha estimado suficiente habilitación legal para el desarrollo de estas actividades, la atribución por parte de la normativa procesal de las genéricas funciones de averiguación del hecho punible y de descubrimiento de su autor. Pero al margen de la utilización de los sistemas de videovigilancia con una finalidad orientada desde un

<sup>3</sup> ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier. *En: Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2010. p. 21; se refiere al desarrollo de la microelectrónica y la miniaturización de los aparatos y, además, a que las nuevas tecnologías de la información permiten una casi ilimitada capacidad de almacenamiento y una gama amplísima de opciones de tratamiento automatizado (interconexión de bases de datos o transmisión de los mismos a larga distancia en cuestión de segundos).

<sup>4</sup> A diferencia del ordenamiento procesal penal colombiano que regula el uso de grabaciones videográficas con motivo de las diligencias de vigilancia y seguimiento de personas (art. 239 CPP), de vigilancia de cosas (art. 240 CPP) y de actuación de agentes encubiertos (art. 242 CPP), entre otras.

inicio a la obtención de fuentes de prueba para el proceso, pueden servir igualmente como elemento de convicción en el proceso penal videograbaciones que tienen un origen extraprocesal. En ocasiones, este origen extraprocesal de las videograbaciones tiene un reflejo normativo expreso<sup>5</sup>. En otras, no son sino el fruto de la sociedad tecnológica en la que vivimos inmersos y que pone a nuestra disposición instrumentos de uso doméstico con aplicaciones aptas para la captación de imágenes y sonidos (videograbaciones procedentes de medios de comunicación, de personas privadas, etc.). En el caso de que la utilización ajena al proceso disponga de una normativa expresa, habrá de tomarse en consideración a los efectos de la incorporación de las grabaciones al proceso penal, pues en no pocas ocasiones dicha normativa refleja los presupuestos de su legítima utilización<sup>6</sup>.

## II. EFICACIA PROCESAL DE LAS VIDEOGRABACIONES

Cuando nos referimos a la eficacia procesal de las grabaciones obtenidas mediante dispositivos de videovigilancia, queremos aludir fundamentalmente a su valor probatorio y a su virtualidad, en su caso, para desvirtuar la presunción de inocencia. Conforme a constante jurisprudencia, el pronunciamiento condenatorio que desvirtúe el derecho fundamental a la presunción de inocencia, exige la existencia de una actividad probatoria que cumpla los siguientes imperativos: a) ha de ser suficiente, b) ha de ser de cargo

---

<sup>5</sup> Existe una amplia normativa sectorial extraprocesal que prevé la utilización de videocámaras con fines muy diversos: seguridad pública, seguridad privada, prevención de la violencia en el deporte, vigilancia del tráfico, etc.

<sup>6</sup> El ejemplo más ilustrativo sería el de la Ley Orgánica (LO) 4/1997, de 4 de agosto, que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. En nuestra opinión, aunque su ámbito de aplicación se encuentre limitado a la seguridad pública, su contenido y las garantías reflejadas merecen un juicio altamente positivo. Vid. ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. La Comisión de Videovigilancia y Libertades del País Vasco. En: Videovigilancia: ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados, en particular la protección de los datos personales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 107 y sigtes.; ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. Videovigilancia y el derecho a la protección de los datos de carácter personal. En: Revista Vasca de Administración Pública, no. 76, 2006. p. 187 y sigtes. Por ello, compartimos totalmente la opinión de quienes aprecian la utilidad hermenéutica de los criterios recogidos en la LO 4/1997 para aplicarlos a otros ámbitos distintos: Vid. GOÑI SEIN, José Luis. La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2007. p. 51.

o inculpativa; y, c) ha de respetar todas las garantías que rodean dicha actividad de prueba<sup>7</sup>.

En relación con el último de los requisitos de la prueba, la eficacia procesal de las videograbaciones está condicionada por: a) la legitimidad en la obtención de las videograbaciones; y b) que la incorporación al proceso de las mismas respete las garantías irrenunciables que rodean, fundamentalmente, la contradicción entre las partes.

**A. La legitimidad en la obtención de las grabaciones videográficas.** Ella se encuentra estrechamente vinculada a la incidencia que como consecuencia de aquélla puede producirse en la esfera de los derechos del individuo que, en su mayoría, están investidos del carácter de fundamentales y que gozan de una especial protección y, en ocasiones, están revestidos de la oportuna reserva judicial que legitime su menoscabo.

**1. Principio de legalidad o de previsión legal.** Partiendo de esta premisa, la legitimidad en la obtención de grabaciones videográficas habrá de satisfacer el primero de los presupuestos de toda injerencia en los derechos fundamentales del individuo en el marco del proceso penal, a saber, el principio de legalidad o de previsión legal. Es más, no es suficiente para entender satisfecho este requisito con una vaga referencia en el ordenamiento interno, sino que, conforme a la jurisprudencia emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y asumida por la jurisprudencia española en la materia, ha de respetar unos mínimos de "calidad de la previsión

---

<sup>7</sup> La jurisprudencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC) al respecto es abundante. En una de las más recientes (STC 25/2011, de 14 de marzo) se dispone lo siguiente: "Como recuerda la STC 70/2010, de 18 de octubre, FJ 3, el derecho a la presunción de inocencia se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que exige una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. Así, sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado" (f. j. 8º).

legal”<sup>8</sup>. En efecto, el TEDH ha insistido en que la referencia contenida en el art. 8.2 CEDH a que las intromisiones en el derecho a la vida privada han de estar previstas en la ley y ser necesarias en una sociedad democrática para la consecución de una serie de fines entre los que se encuentra la prevención del delito, ha de interpretarse en el sentido de que la intromisión tenga un fundamento en el derecho interno y que el mismo permita la accesibilidad y la previsibilidad para los ciudadanos<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> En la STC 206/2007, de 24 de septiembre, se resume esta doctrina en lo que respecta a la previsión legal habilitante, al afirmar que “la reserva de ley constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas y no es una mera forma, sino que implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate, pero que en todo caso implican que el legislador ha de hacer el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica o dicho de otro modo, la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho (...)-. Y profundizando en esa exigencia, (...), recordábamos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a la garantía de la intimidad individual y familiar del art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) exige que las limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; *mutatis mutandis*, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997). La norma habilitante, en suma, deberá concretar las restricciones alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos, pues vulnerará la intimidad personal si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga” (también, las SSTC 49/1999, de 5 de abril; 292/2000, de 30 de noviembre; 70/2002, de 3 de abril).

<sup>9</sup> Son numerosísimas las resoluciones del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH) en las que se ha consagrado esa interpretación de la previsión legal: STEDH *Silver y otros c. Reino Unido*, de 25 de marzo de 1983; STEDH *Malone c. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984; STEDH *Müller y otros c. Suiza*, de 24 de mayo de 1988; SSEDH casos *Huvig y Kruslin c. Francia*, ambas de 24 de abril de 1990; STEDH *Valenzuela Contreras c. España*, de 30 de julio de 1998. Acerca de la previsión legal Vid. con carácter general ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. La previsión legal y las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales. En: *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, no. 4919, 1999. p. 1-9. En relación con la videovigilancia y la necesidad de una regulación detallada, Vid. ARZOZ

¿Cumple este presupuesto básico el ordenamiento español? Parece evidente que no. Cuando la más que centenaria LECrim. ha abordado las “nuevas formas de investigación y prueba” en el proceso penal, lo ha hecho tarde y mal. Como muestra, las intervenciones telefónicas, pero esto mismo cabría predicar de prácticamente todas las formas de investigación y prueba de cierto carácter novedoso<sup>10</sup>. La videovigilancia no es una excepción. A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos procesales penales de nuestro entorno<sup>11</sup>, no existe en España una regulación específica acerca del empleo de la videovigilancia con ocasión de la investigación y prueba de un hecho criminal. Esta lamentable situación se hubiera subsanado en gran medida si las recientes propuestas de reforma procesal penal integral contenidas en el Anteproyecto de LECrim. (2011) o en el más reciente Borrador de Código Procesal Penal (2013) hubieran sido tramitadas y publicadas finalmente en el Boletín Oficial.

Que no haya una regulación de carácter procesal penal, no quiere decir que no existan disposiciones pertenecientes a otros órdenes jurisdiccionales o previsiones normativas extraprocesales que recaigan sobre la utilización de la videovigilancia. Entre

---

SANTISTEBAN, Op. cit., nota 3., p. 30; ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. Filmaciones videográficas, derechos fundamentales afectados y su eficacia probatoria. En: SOROETA LICERAS, Juan (ed.). Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. II. Bilbao: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 2000, p. 266-268.

<sup>10</sup> Vid. al respecto GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Infiltración policial y “agente encubierto”. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 1-9. También, CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. Omisiones y recelos del legislador procesal ante los medios de prueba tecnológicos. En: Diario La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, no. 6158, 2004. p. 1 y sigtes. Una de las pocas excepciones la constituye la circulación y entrega vigilada de sustancias prohibidas prevista en el art. 263 bis LECrim., que “sólo” ha precisado de once años para ser trasladado al ordenamiento español desde la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988.

<sup>11</sup> Por citar algunos supuestos concretos, la Ley belga relativa a los métodos particulares de investigación, de 6 de enero de 2003, modifica el *Code d'Instruction Criminelle* para incorporar los métodos de escucha y grabación de imágenes y sonidos. La StPO alemana ha sido objeto de numerosas reformas al respecto y el actual § 100 h regula la obtención de imágenes fuera del domicilio. En Francia, la Ley de adaptación de la justicia a las evoluciones de la criminalidad, de 9 de marzo de 2004, también incorpora en el art. 706-96 del *Code de Procédure Pénale* (CPPF) la utilización de dispositivos técnicos para la captación de palabras y de imágenes.

las primeras, el art. 90.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de Procedimiento Laboral (LPL) incluye entre los medios de prueba los procedimientos de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido, y aunque se remita a los que se “encuentren regulados en la ley”, en dicho momento no existía ninguna disposición legal que contemplara dichos medios mecánicos<sup>12</sup>. También, el art. 311 de la Ley Procesal Militar (LO 2/1989, 13 de abril) que menciona expresamente entre los medios de prueba, y diferenciándolos de los documentos, los medios audiovisuales tales como las películas, videos, grabaciones sonoras o visuales, etc. Sin olvidar también las previsiones contenidas en la más reciente Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) (arts. 382-383) y el carácter supletorio que este último cuerpo normativo cumple conforme a su art. 4 en relación con las leyes que regulan el resto de procesos<sup>13</sup>.

Entre las disposiciones extraprocerales podríamos resaltar especialmente la LO 4/1997, de 4 de agosto, reguladora de la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos (FF. CC.) de Seguridad en lugares públicos. Esta LO es de suma importancia porque contiene una serie de criterios consagrados por la jurisprudencia con motivo de la videovigilancia y porque algunos de los mismos son proyectables al empleo de la videovigilancia en el proceso penal. Pese a su naturaleza extraprocerales.

En esta misma categoría podríamos incluir la Ley 23/1992, de 39 de julio, de Seguridad Privada, (cuyo art. 5.1.e) menciona entre las actividades y servicios a desarrollar por las empresas de seguridad la de instalación y mantenimiento de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad (cabría incluir las consistentes en videovigilancia),

---

<sup>12</sup> Ahora bien, el apartado segundo del mismo precepto de la LPL condiciona su admisibilidad a que en su obtención no se hubieran violado, directa o indirectamente, los derechos fundamentales o las libertades públicas. Este precepto reproduce prácticamente lo dispuesto en la anterior LPL aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

<sup>13</sup> La sentencia del TRIBUNAL SUPREMO (STS) 4/2005, de 19 de enero, sobre la incorporación como prueba al proceso de grabaciones videográficas periodísticas, afirma que “no sólo esta clase de pruebas está ya expresamente contemplada en las normas procesales civiles, con su carácter general de supletoriedad, sino que además, en nuestro proceso penal específicamente, imbuido de principios tales como el de oficialidad en la búsqueda de la verdad material, no puede hablarse de exclusión a priori de ninguna clase de prueba o actividad que pudiera proporcionar datos que faciliten al Tribunal la averiguación de lo realmente acontecido”.

siempre y cuando respecto de los equipos de seguridad se incluya el servicio de conexión con centrales de alarma (de conformidad con la Disposición adicional sexta).

El Reglamento de desarrollo de dicha Ley de seguridad privada [el Real Decreto (RD) 2364/1994, de 9 de diciembre] se refiere igualmente a la instalación de dispositivos y sistemas de seguridad y protección (art. 112.c). Aunque son particularmente importantes las previsiones contenidas en relación con bancos, cajas de ahorro y demás entidades de crédito. Así, el art. 120.1 del Reglamento establece como medidas de seguridad concretas que “En los establecimientos u oficinas de las entidades de crédito donde se custodien fondos o valores, deberán ser instalados, en la medida que resulte necesaria en cada caso teniendo en cuenta las circunstancias enumeradas en el artículo 112 de este Reglamento y los criterios que se fijen por el Ministerio del Interior, oyendo a la Comisión Mixta Central de Seguridad Privada: a) Equipos o sistemas de captación y registro, con capacidad para *obtener las imágenes de los autores de delitos contra las personas y contra la propiedad*, cometidos en los establecimientos y oficinas, que permitan la posterior identificación de aquéllos, y que habrán de funcionar durante el horario de atención al público, sin que requieran la intervención inmediata de los empleados de la entidad”<sup>14</sup>.

Siguiendo con la estela de las normas sobre seguridad, podemos traer a colación la LO 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana, que, aunque sin mencionar explícitamente los mecanismos de videovigilancia, sí se refiere a la adopción de medidas de seguridad en establecimientos e instalaciones. De este modo, su art. 13.1 dispone que “El Ministerio del Interior podrá

---

<sup>14</sup> Continúa dicho precepto señalando que “Los soportes destinados a la grabación de imágenes han de estar protegidos contra robo, y la entidad de ahorro o de crédito deberá conservar los soportes con las imágenes grabadas durante quince días al menos desde la fecha de la grabación, en que estarán exclusivamente a disposición de las autoridades judiciales y de las dependencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a las que facilitarán inmediatamente aquellas que se refieran a la comisión de hechos delictivos. El contenido de los soportes será estrictamente reservado, y las imágenes grabadas únicamente podrán ser utilizadas como medio de identificación de los autores de delitos contra las personas y contra la propiedad, debiendo ser inutilizados el contenido de los soportes y las imágenes una vez transcurridos quince días desde la grabación, salvo que hubiesen dispuesto lo contrario las autoridades judiciales o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes”.

ordenar, conforme a lo que se disponga reglamentariamente, la adopción de las medidas de seguridad necesarias en establecimientos e instalaciones industriales, comerciales y de servicios, para prevenir la comisión de los actos delictivos que se puedan cometer contra ellos, cuando generen riesgos directos para terceros o sean especialmente vulnerables”<sup>15</sup>.

También, se han prodigado las previsiones sobre videovigilancia en el ámbito de los espectáculos deportivos y como mecanismo para la prevención de la violencia en los mismos. En esta tesitura, la Ley 10/1990, de 25 de octubre, del Deporte, dedicaba un título específico (Título IX) a la prevención de la violencia en espectáculos deportivos. En desarrollo de dicho Título, el Reglamento para la prevención de la violencia en espectáculos deportivos (RD 769/1993, de 21 de mayo –vigente hasta el 1 de julio de 2010–), hacía referencia expresa en su art. 61 al empleo de circuitos cerrados de televisión y el registro mediante grabación de las imágenes<sup>16</sup> como uno de los elementos que, como mínimo, debía disponer cada Unidad de Control Organizativo, junto con un servicio de megafonía y enlaces de radio y telecomunicación (art. 60). La Orden ministerial de 22 de diciembre de 1998, por la que se regulan estas Unidades de Control Organizativo para la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos, da cuenta de la trascendencia de la LO 4/1997, de 4 de agosto, como norma supletoria en la medida en que su artículo primero realiza una remisión expresa a la aplicabilidad de la misma<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> El apartado tercero del mismo precepto añade que de existir tal obligación, la apertura de dichos establecimientos estará condicionada a la comprobación de la idoneidad y suficiencia de las medidas de seguridad por las autoridades competentes, aun cuando la adopción o instalación de las mismas sea responsabilidad de los titulares de dichos establecimientos (apartado cuarto).

<sup>16</sup> Conforme a dicho precepto, “Este circuito contará con cámaras fijas y móviles. Las cámaras fijas controlarán el exterior e interior del recinto, cubriendo las zonas de acceso y las gradas y proporcionando una visión total de aquél. Las cámaras móviles se situarán en los espacios que el Coordinador estime necesario controlar especialmente en cada acontecimiento deportivo” (apartado 1) y dispondrá, asimismo, “de medios de grabación para registrar las actitudes de los asistentes y el comportamiento de los grupos violentos”.

<sup>17</sup> Dice así este primer precepto: “La utilización de las cámaras fijas y móviles del circuito cerrado de televisión, en los términos del artículo 61 del Reglamento para la prevención de la violencia en los Espectáculos Deportivos, aprobado por Real Decreto 769/1993, de 21 de mayo, así como el tratamiento de las imágenes y sonidos obtenidos *están sujetos a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de*

El título IX de la Ley del Deporte fue derogado por la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, cuya Disposición Adicional 7<sup>a</sup> (“Instalación de videocámaras y grabación de imágenes”) vuelve a incluir una remisión a la LO 4/1997 en cuanto a la instalación de tales dispositivos al prever que “La instalación de los dispositivos de videovigilancia a los que se refieren los artículos 4 y 12 de la presente Ley, así como el tratamiento de las imágenes resultantes de la utilización de dichos dispositivos, se encuentran sometidos a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos”<sup>18</sup>.

En desarrollo de la Ley 19/2007, el Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, contiene igualmente previsiones específicas sobre el empleo de dispositivos de videovigilancia. De forma muy similar a lo previsto en el derogado Reglamento para la prevención de la violencia en espectáculos deportivos (RD 769/1993), aunque con más detalle, se contempla la elaboración de “protocolos de seguridad, prevención

---

*agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, y en sus normas reglamentarias de desarrollo. A estos efectos, corresponde al Coordinador de Seguridad, de acuerdo con lo prevenido para el mismo en el Capítulo III del Reglamento para la prevención de la violencia en los Espectáculos Deportivos, la custodia de dichas imágenes y sonidos y la responsabilidad sobre el ulterior destino, incluida su inutilización o destrucción. Asimismo, será el competente para resolver las peticiones de acceso o cancelación por los interesados. El Coordinador de Seguridad decidirá la disposición de las cámaras móviles en cada acontecimiento deportivo”.*

<sup>18</sup> Añadiendo el párrafo segundo de dicha Disposición Adicional que las imágenes captadas por dichos dispositivos serán tratadas únicamente por el Coordinador de Seguridad, que las transmitirá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o a las autoridades competentes únicamente en caso de apreciarse en las mismas la existencia de alguna de las conductas que se pretenden evitar, a fin de que se incorporen al procedimiento judicial o administrativo correspondiente. El art. 12.1 mencionado se refiere a la adopción de medidas especiales en competiciones o encuentros específicos que comprenden, entre otras, la instalación de cámaras en los alrededores, en los tornos y puertas de acceso y en la totalidad del aforo a fin de grabar el comportamiento de las personas espectadoras (b) y la instalación de circuitos cerrados de televisión para grabar el aforo completo del recinto a lo largo de todo el espectáculo desde el comienzo del mismo hasta el abandono del público (d).

y control” donde se reflejarán las medidas a adoptar en función de los distintos niveles previstos (art. 5.1). El mayor detalle de la regulación se aprecia en lo previsto en relación con la instalación de circuitos cerrados de televisión (art. 66)<sup>19</sup>.

Como puede evidenciarse de las propias remisiones que realizan las disposiciones mencionadas a la LO 4/1997, esta última norma es de vital importancia como punto de referencia. Pese a todo, su naturaleza es estrictamente administrativa. En el Preámbulo se cita el art. 104.1 de la Constitución Española (CE) relativo a la misión de las FF.CC. de Seguridad en garantía de la seguridad ciudadana y del libre ejercicio de los derechos y libertades (no se hace referencia, en cambio, a sus funciones como Policía Judicial conforme al art. 126 CE). Más en concreto, siguiendo con el Preámbulo, se hace una expresa referencia a “la prevención de actos delictivos, la protección de las personas y la conservación y custodia de bienes que se encuentren en situación de peligro”. Ya en su articulado, el art. 1.1 dispone que la utilización de videocámaras por las FF. CC de Seguridad persigue “contribuir a asegurar la convivencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de los delitos, faltas e infracciones relacionadas con la seguridad pública”<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Se concreta en este precepto la ubicación de las cámaras fijas y las móviles y el espacio que han de controlar unas y otras. De otra parte, aproximándose a las previsiones de la LO 4/1997, se establece un plazo de conservación de las grabaciones de un mes antes de proceder a su destrucción y el deber de colocar carteles informativos en los accesos a los recintos deportivos vigilados por medio de sistemas cerrados de televisión. A tales efectos se hace referencia a las Instrucciones de la Agencia Española de Protección de Datos y a la LO 15/1999, sobre protección de datos personales.

<sup>20</sup> Sobre la naturaleza administrativa de la finalidad perseguida con la LO 4/1997, Vid. SENÉS MOTILLA, María del Carmen. Cámaras de control y filmación de las vías públicas, redadas y controles policiales. *En*: Cuadernos de Derecho Judicial. Medidas restrictivas de derechos fundamentales, no. 12. 1996. p. 271-272; REQUERO IBÁÑEZ, José Luis. Aspectos administrativos de la videovigilancia (Comentarios al Proyecto de Ley Orgánica de Utilización de Videocámaras por las FCSE en Lugares Públicos). *En*: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, vol. 9, no. 1, 1997. p. 25-26; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo. Videovigilancia y libertad: Cámaras en la calle. *En*: Iuris: Actualidad y práctica del derecho, no. 7, 1997. p. 31; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo. Videocámaras y proceso penal. *En*: Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya, no. 9, 1998. p. 73; MAGRO SERVET, Vicente. Consideraciones sobre la nueva ley que regula la utilización de las videocámaras por las fuerzas de

Por si hubiera alguna duda acerca de la exclusión del ámbito de aplicación de la LO 4/1997 de la utilización de las videocámaras como diligencia de investigación penal, el Reglamento de desarrollo de la LO 4/1997 (RD 596/1999, de 16 de abril) para las Comunidades Autónomas (CC. AA.) sin competencia en materia de seguridad ciudadana y orden público, dispone en su art. 2.3, relativo precisamente a su ámbito de aplicación, que “las unidades de Policía Judicial reguladas en la legislación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando, en el desempeño de funciones de policía judicial en sentido estricto, realicen captaciones de imágenes y sonidos mediante videocámaras, se regirán por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por su normativa específica”<sup>21</sup>. Esta remisión normativa a la LECrim., resulta contradictoria en la medida en que en dicho cuerpo normativo procesal no existe previsión alguna al respecto.

El hecho de que el ámbito de aplicación de la LO 4/1997 quede circunscrito a la prevención penal o administrativa no debe conducirnos a ignorar las disposiciones contenidas en la misma. Tal como venimos indicando, se condensan en dicha LO una serie de criterios y presupuestos igualmente válidos para su aplicabilidad procesal (principio de proporcionalidad, prohibición de grabaciones en el interior de viviendas, integridad y originalidad de las grabaciones aportadas, etc.), pues con frecuencia son reflejo, a su vez, de pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia. Todo lo indicado

---

seguridad en lugares públicos. En: Poder Judicial, no. 46, 1997. p. 296. Algunas opiniones pusieron de relieve la inadecuación de las medidas e instrumentos legalmente regulados para lograr el fin deseado: NAVAS AMORES, Jesús. La videovigilancia desde la perspectiva del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, no. 2, 1997. p. 266; GONZÁLEZ URDÍNGUIO Ana; GONZÁLEZ GUTIÉRREZ DE LEÓN, María Almudena. La videovigilancia en el sistema democrático español: Análisis y crítica de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, no. 89, 1997-1998. p. 116.

<sup>21</sup> Junto al citado Real Decreto, las Comunidades Autónomas con competencia para la protección de las personas y los bienes y para el mantenimiento del orden público (Disposición adicional primera de la LO 4/1997) se han dotado de los correspondientes reglamentos de desarrollo. Así, el Decreto vasco 168/1998, de 21 de julio, que desarrolla el régimen de autorización y utilización de videocámaras por la Policía del País Vasco en lugares públicos; y el Decreto catalán 134/1999, de 18 de mayo, de regulación de la videovigilancia por parte de la Policía de la Generalidad y de las Policías Locales.

tiene una directa repercusión en la eficacia procesal –probatoria– de las grabaciones videográficas<sup>22</sup>.

2. *El fundamento normativo en ausencia de previsión expresa.* Como ha ocurrido con frecuencia en España respecto de otros métodos de investigación y prueba “modernos”, la ausencia de previsión normativa expresa sobre la videovigilancia no ha supuesto impedimento de relevancia para su admisibilidad procesal. Este vacío normativo de rango procesal en la materia, ha sido suplido por la jurisprudencia de nuestros tribunales<sup>23</sup>, excediéndose de sus funciones meramente interpretativas y asumiendo otras que corresponden al legislador, y recurriendo en busca de fundamento normativo para su utilización a disposiciones genéricas<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> En atinadas palabras de RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Videovigilancia y libertad, Op. cit., p. 73, pese a que la regulación “se centra en aspectos preprocesales de la autorización de la grabación de acontecimientos realizados en espacios públicos (...), contiene normas que elevan el nivel de garantía del material probatorio que pueda utilizarse para la incriminación”. También en consideración de REY RUIDOBRO, Luis Fernando (El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 461.) las previsiones contenidas en la LO 4/1997 son “perfectamente aplicables a las grabaciones llevadas a cabo en el curso de la investigación de un delito”.

<sup>23</sup> ALONSO PÉREZ, Francisco. Filmaciones videográficas: apuntes jurisprudenciales. En: Diario La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, no. 6, 1999. p. 1819; REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas, Op. cit. p. 461. En palabras de SENÉS MOTILLA, María del Carmen (Cámaras de control y filmación de las vías públicas, Op. cit. p. 275) la ausencia de regulación “ha revitalizado el valor de la jurisprudencia”.

<sup>24</sup> Sin que, como acertadamente critica SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, Juan Carlos (Las video-grabaciones como prueba en el proceso penal. En: Boletín del Ministerio de Justicia, no. 2024, 2006. p. 4515-4543), pueda utilizarse como excusa de la inactividad del legislador la espera de la gran reforma del proceso penal tan reiteradamente anunciada. No circunscrito al fenómeno de la videovigilancia, afirma igualmente PEDRAZ PENALVA, Ernesto (La utilización en el proceso penal de datos personales recopilados sin indicios de comisión delictiva. En: PEDRAZ PENALVA, Ernesto (Coord.). Protección de datos y proceso penal. Madrid: La Ley. Grupo Wolters Kluwer, 2010. p. 38-39) ante la atrasada e incompleta legislación, que el juez se ve obligado a suplir la incompetencia, la incoherencia o la mera inactividad del legislador “yendo más allá de su papel continental de actuar *secundum legem*”, en una tarea judicial de “*Positivgesetzgeber*”. Con anterioridad a la regulación procesal en Francia mediante la Ley 204 (9 de marzo, 2004) la situación era prácticamente idéntica. La jurisprudencia admitía la utilización de dispositivos de captación de imágenes y sonidos con base en habilitaciones legales genéricas (arts. 81, 151 y 152 CPPf),

Desde las primeras resoluciones judiciales en las que se plantea esta cuestión, se estimó que las facultades genéricas concedidas a las autoridades responsables de la persecución penal comprendían el empleo de dispositivos de grabación de imágenes y sonidos en cumplimiento de dicha función de comprobación del delito y descubrimiento de los delincuentes. Una de las primeras resoluciones del Tribunal Supremo al respecto –la STS 6 de mayo de 1993– afirma lo siguiente:

Las tareas de investigación de todo hecho delictivo están encaminadas a practicar las diligencias necesarias para comprobar y descubrir a los delincuentes y recoger a todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. En el desarrollo de estas funciones se pueden realizar labores de vigilancia u observación de lugares o personas que pudieran estar relacionadas con el hecho que es objeto de la investigación. Estas labores de vigilancia se pueden desarrollar en la vía pública concretándose en tareas de seguimiento o visualización de comportamientos y conductas de las personas consideradas como sospechosas. Para llevar a cabo estas funciones se pueden utilizar toda clase de medios que permitan constatar la realidad sospechada y que sean aptos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser utilizado para concretar una denuncia ante la autoridad judicial. No están descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes y su utilización debe realizarse dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. Los derechos establecidos por la Ley Orgánica de 5-5-1982 reguladora de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, no pueden considerarse absolutamente ilimitados. Imperativos de interés público pueden hacer que por Ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad que podrán ser reputadas legítimas. Según el art. 8 de la Ley Orgánica, antes mencionada, no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley. *El art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza a la policía a practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos y descubrir a los delincuentes*<sup>25</sup>.

---

pero sin poder evitar algunas contradicciones, Vid. VERNY, Édouard M. Des sonorisations et des fixations d'images décidées par le juge d'instruction. En: *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, no. 4, 2004. p. 777-779.

<sup>25</sup> Años después se ha reiterado literalmente en otras resoluciones del Tribunal Supremo lo indicado en relación con la habilitación legal derivada del art. 282 LECrim. Por ejemplo, STS 1733 de 14 de octubre de 2002 y STS 354 de 13 de marzo de 2003. De forma similar, STS 299 de 17 de marzo de 2006, al afirmar que “las imágenes grabadas se realizaron desde la vía pública y sobre escenas

Esta situación de ausencia normativa y de indebido protagonismo de nuestros Tribunales en la materia se hubiera atenuado de materializarse las recientes propuestas de reforma integral del proceso penal español [ALECrim. (2011) y BCPP (2013)]. En la Exposición de Motivos de la primera se recoge la “imperiosa necesidad” de regular actos de investigación no previstos, o de actualizar el régimen jurídico de otros actos de injerencia que carecen de cobertura legal suficiente<sup>26</sup>. Al efecto, se incorporan en los proyectados cuerpos procesales nuevas diligencias de investigación vinculadas a la videovigilancia como las que permiten la captación mediante dispositivos técnicos de “conversaciones privadas directas” que pueden tener lugar tanto en espacios públicos como en privados (domicilios). Igualmente las denominadas “observaciones y vigilancias policiales sistemáticas” a desarrollar en la vía pública o en otros espacios abiertos. Por regla general, estas diligencias han de ser autorizadas por el Ministerio Fiscal, como tendremos oportunidad de detallar. La reserva judicial sólo será aplicable cuando se utilicen estos medios técnicos de vigilancia y observación para la captación de imágenes en ámbitos de intimidad o cuando la captación de la imagen se encuentre asociada a la del sonido.

**3. Obtención de grabaciones respetuosa con los derechos fundamentales.** Al efecto, ténganse en cuenta los siguientes aspectos:

**a. Derechos fundamentales afectados.** Se ha indicado anteriormente que la eficacia procesal de las grabaciones videográficas está condicionada a la legitimidad en su obtención, legitimidad que exige como presupuesto previo el respeto al principio de legalidad o previsión legal de esta clase de actos de investigación. Pero, satisfecho este primer presupuesto, la legitimidad en la obtención supondrá en esencia el respeto a los derechos fundamentales que pudieran resultar afectados. Se advierte en las numerosas resoluciones judiciales recaídas al respecto un intento de armonización, en la

que también se desarrollaban en un espacio público; por tanto, sin necesidad de autorización judicial la policía esta actuando con plena legitimidad, amparada por el artículo 282 LECrim. y la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, en su cometido de investigar los delitos y descubrir a sus autores” o la STS 597 de 2 de junio de 2010.

<sup>26</sup> En el BCPP (2013), por su parte, se añade que por más meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, “el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal”.

medida de lo posible, entre la utilidad que reporta en el ámbito del proceso el empleo de las filmaciones videográficas y la debida salvaguarda de los derechos fundamentales<sup>27</sup>.

En un principio, el elenco de derechos fundamentales que se presumía podían resultar afectados era muy reducido y, además, vinculado al espacio físico objeto de vigilancia. De forma excesivamente elemental, en nuestra opinión, se afirmaba a comienzos de la década de los noventa que las únicas grabaciones videográficas que merecían especial consideración eran las que afectaban intensamente a la intimidad por captar acontecimientos acaecidos en espacios en los que la misma se desarrolla en su plenitud, por ejemplo, en el domicilio u otros espacios privados<sup>28</sup>. Se estimaba que si una persona se expone públicamente frente a los demás ubicándose en un espacio de acceso general o no restringido, no cabe apreciar ninguna injerencia añadida por el hecho de que un tercero que visualiza esa persona en ese espacio abierto al público proceda a la grabación de sus imágenes. La grabación no sería, sino la constatación de lo que el ojo humano visualiza<sup>29</sup>. Manifestación clara de esta opinión sería la STS

---

<sup>27</sup> En la ya reiterada STS de 6 de mayo de 1993 (recurso núm. 2339/1991; ponente J.A. Martín Pallín) se aborda precisamente la cuestión desde esta perspectiva (grabaciones realizadas por la Policía de las proximidades del inmueble en que vivían los acusados): “El sistema procesal constitucional veda la utilización de pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, según el tenor literal del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que debemos examinar si en la presente causa se ha producido la vulneración de los derechos constitucionales que invoca el recurrente” (en concreto, el art. 18.1 CE). También muy tempranamente la STS 461/1994, de 11 de febrero de 1994, afirma que “el material ‘fotográfico’ y ‘videográfico’, obtenido sin vulneración de los derechos fundamentales, tiene un innegable valor probatorio”. De forma similar las iniciales SSTS 1171/1994, de 6 de abril (ponente E. Ruiz Vadillo); 1504/1994, de 21 de mayo (ponente R. Hernández Hernández); de 18 de diciembre de 1995 (ponente J.A. De Vega Ruiz); 1220 de 27 de febrero de 1996 (ponente J.M. Ramírez-Pereda Rodríguez).

<sup>28</sup> “La captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad” (STS de 6 de mayo de 1993 –recurso núm. 2339/1991; ponente J.A. Martín Pallín–).

<sup>29</sup> Ejemplo nuevamente de esta posición no suficientemente garantista sería la STS de 6 de mayo de 1993 (recurso núm. 2339/1991; ponente J.A. Martín Pallín) al afirmar que “del mismo modo que nada se opone a que los funcionarios de policía hagan labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, sin tomar ninguna otra medida restrictiva de derechos mediante la percepción

1171/1994, de 6 de abril, donde se afirma sin ningún tipo de rubor que son absolutamente respetuosas con los valores de la persona las grabaciones realizadas en espacios libres y públicos (fuera de los domicilios o lugares similares), “donde para nada quedan afectados tales derechos fundamentales”<sup>30</sup>.

No es de extrañar que en esta tesitura no se apreciara la necesidad de una regulación expresa del empleo de las videograbaciones en espacios públicos, estimándose suficiente con garantizar la intervención judicial para las grabaciones en espacios protegidos (domicilio o similares). Afortunadamente esto ya no es así. No puede afirmarse con la rotundidad con que se ha hecho que en los espacios públicos no quepan manifestaciones vitales protegidas por el derecho a la intimidad<sup>31</sup> y que las mismas hayan de reducirse al espacio más privado del individuo, como es el domicilio o lugares similares<sup>32</sup>. Es cierto que determinados espacios, tales como el

---

visual y directa de las acciones que realiza en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto. *No existe inconveniente para que pueda transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complemente y tome constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad*”. También, la STS 354/2003, de 13 de marzo. Aunque no esté vinculada con la investigación y prueba de ilícitos penales, podría incardinarse en esta orientación la Sentencia T-034/95, de 6 de febrero, de la Corte Constitucional colombiana (relativa a la captación de imágenes en una marcha celebrada con motivo del día de la clase obrera).

<sup>30</sup> En análogos términos la STS 1504/1994, de 21 de mayo (ponente R. Hernández Hernández): “ningún derecho queda vulnerado si la filmación se realiza en las vías o espacios abiertos al público”.

<sup>31</sup> Subrayando esta idea, afirma ARZOZ SANTISTEBAN (Videovigilancia, seguridad ciudadana, Op. cit., p. 122) que el derecho a la intimidad personal no se construye al ámbito doméstico o privado, sino que despliega su eficacia también en el ámbito público. También, ÚBEDA DE LOS COBOS, Julio José. Videograbación y videoconferencia. En: Cuadernos de Derecho judicial. Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia, no. 2, 2007. p. 306. También MARTÍN MORALES, Ricardo. El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfónica oculta. En: La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, no. 6079, 2004. p. 1719-1720.

<sup>32</sup> La utilización de mecanismos de videovigilancia en el ámbito laboral ha experimentado una evolución similar. En la STC 98/2000, de 10 de abril, se reconoce por el intérprete constitucional que en ocasiones se ha partido de la premisa básica de que el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores. Sin embargo, en la mencionada se enmienda el criterio interpretativo “pues no

domicilio u otros asimilados, gozan de una tutela reforzada al contemplarse la exigencia de la autorización u orden judicial para la captación de imágenes en su interior, por considerarse que en dichos emplazamientos se despliega en toda su intensidad la intimidad personal y familiar del individuo. Pero ello no implica la validez del argumento de que fuera del domicilio la captación de imágenes al no requerir dicha intervención judicial signifique que no resulte afectada la intimidad en grado alguno<sup>33</sup>. Muestra de ello

puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado *propia esfera de desenvolvimiento del individuo* (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 4 y 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3, por todas). En suma, habrá que atender no solo al lugar del centro del trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, sino también a otros elementos de juicio (si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad, por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, que justifique la implantación de tales medios de control, etc.) para dilucidar en cada caso concreto si esos medios de vigilancia y control respetan el derecho a la intimidad de los trabajadores” (f.j. 6º). También en el ámbito laboral y en el mismo sentido la STC 186/2000, de 18 de junio. En la jurisdicción civil también ha estado extendida dicha opinión y, por ejemplo, se ha considerado en la STS de 2 de julio de 2004 que la grabación durante cinco meses de las imágenes de la entrada de una vivienda y realizadas por un detective privado no vulnera los derechos fundamentales de las personas afectadas, pues “las imágenes han sido captadas, que no reproducidas ni publicadas, en la calle, (...), recogiendo la entrada y salida de la vivienda de la actora recurrente y de sus hijos y de otras personas no identificadas” (aunque como argumento se añade también el deber de los padres de velar por sus hijos).

<sup>33</sup> En tal sentido, AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA. Sentencia de 10 de enero de 1995 (ponente Rodrigo Landazábal): La diferenciación entre lo exterior y lo interior, el espacio público y el espacio privado, determina la necesidad de que cualquier injerencia de los poderes públicos en el ámbito domiciliario y en el secreto de las comunicaciones exija autorización judicial. Se trata de proteger al máximo el núcleo profundo de la intimidad personal y familiar. Este círculo íntimo en opinión de la Sala, no agota el derecho a la intimidad y a la propia imagen. *No podríamos concluir, en este sentido, que todas las actividades que los ciudadanos desarrollamos en público sean públicas como contrapuestas a íntimas o privadas. Existen manifestaciones públicas de esferas privadas: las personas con las que nos relacionamos y que nos acompañan en la vía pública, los lugares a los que acudimos, los establecimientos que frecuentamos, se desarrollan en*

es la LO 4/1997 que regula la utilización de las videocámaras por las FF. CC. de Seguridad precisamente en espacios públicos, pero sin embargo rodea esa actividad de una serie de garantías al objeto de evitar una injerencia injustificada en la esfera de derechos del individuo<sup>34</sup>. El Informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) sobre el “Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se regula la obtención de imágenes y sonidos en lugares públicos y su tratamiento”, distinguía en relación con la vigilancia audiovisual en espacios públicos, actividades que denomina “neutras” y otras que no lo son. Entre las primeras menciona las vinculadas con la ordenación del tráfico y la seguridad de edificios e instalaciones. Añade, no obstante, que la vigilancia y captación por medios audiovisuales, aunque se produzca en lugares públicos, “no es una actividad neutra, carente de efectos sobre los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos”<sup>35</sup>.

Reflejo de este distinto parecer es la jurisprudencia del TEDH. Parte al respecto de la idea de que el concepto de vida privada es amplio y que el mismo no se presta a una definición exhaustiva. Junto a factores tales como el nombre, la identidad sexual, la orientación sexual, etc., elementos importantes de la esfera personal protegida

el exterior, pero inevitablemente reflejan datos e informaciones sobre aspectos concretos de nuestra personalidad.

<sup>34</sup> En el orden civil (LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y la propia), afirma en este mismo sentido SEISDEDOS MUIÑO, Ana (1807, Sentencia de 2 de julio de 2004: Derecho a la propia imagen y a la intimidad: grabaciones videográficas efectuadas durante varios meses recogiendo la entrada a la vivienda de la demandante. No se aprecia vulneración de tales derechos. En: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 2005, no. 67. p. 430-431), que debe descartarse la idea de que en los espacios públicos no exista en ningún caso derecho a la intimidad, “pues esa esfera de la vida personal no es sólo la que se desenvuelve en el domicilio de cada persona –en el que la intimidad alcanza, sin duda, su máxima expresión–, sino que se extiende a los demás espacios privados, y también, aunque en menor medida, a los lugares públicos y los privados de uso público (calles, plazas, cafeterías, comercios, cines...). Porque también en estos últimos puede ejercerse el derecho a la intimidad”, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2004”.

<sup>35</sup> Continúa dicho Informe apuntando que “en los lugares públicos se desarrollan también ámbitos de privacidad merecedores de protección (...). El hecho de que alguna de estas actuaciones tenga lugar en un lugar público no implica que, necesariamente, rebase la esfera que la propia persona haya salvaguardado para sí conforme a los usos sociales”; Informe disponible en Boletín de Información, CGPJ, 1996, no. 131. p. 80-94.

por el art. 8 CEDH, esta disposición protege igualmente el derecho a la identidad y al desarrollo personal, así como el derecho de todo individuo de entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes y el mundo exterior. Puede incluso extenderse a las actividades profesionales o comerciales. Se reconoce, pues, “que existe una zona de interacción entre el individuo y los otros que puede revelar la `vida privada´ incluso en un contexto público”<sup>36</sup>. Entre los elementos a considerar a la hora de determinar si la vida privada de una persona ha resultado afectada por medidas adoptadas fuera de su domicilio o de sus lugares privados, puede ocupar una posición significativa, aunque no necesariamente determinante, “la *expectativa razonable de dicha persona*. En ocasiones las personas participan consciente o intencionadamente en actividades que pueden ser registradas o comunicadas públicamente. Una persona que camina por una calle será vista inevitablemente por cualquier otra persona que también esté presente. Controlar por medios tecnológicos la misma escena pública (por ejemplo, un guardia de seguridad observando por un circuito cerrado de televisión) *es de similares características*. En cambio, la creación de una *grabación sistemática o permanente de tal material perteneciente al dominio público puede dar lugar a consideraciones vinculadas a la vida privada*”<sup>37</sup>.

El criterio de la “expectativa razonable de la persona” recogido por el TEDH ha sido asumido también por el TC español. Así se pronuncia en su STC 12/2012, de 30 de enero, tras afirmar que “la intimidad

---

<sup>36</sup> SSTEDH *P.G. et J.H. c. Reino Unido*, de 25 de septiembre de 2001; *Peck c. Reino Unido*, de 28 de enero de 2001; *Wisse c. Francia*, de 20 de diciembre de 2003.

<sup>37</sup> Aunque pertenezca al orden jurisdiccional civil no nos resistimos a traer a colación el ATC 176/2007, de 1 de marzo, al afirmar que: “la delimitación del ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la intimidad no puede hacerse con criterios exclusivamente espaciales. De una parte, no todo lo que sucede en el domicilio ha de estar necesariamente protegido por la intimidad pues cabe imaginar situaciones en las que, por ejemplo, el titular renuncie a su derecho invitando a terceros indeterminados a acceder a su morada, exhibiéndose ante una ventana o incluso permitiendo la instalación de dispositivos de grabación. Por otro lado, tampoco la vida privada puede reducirse a aquélla que se desarrolla en la vivienda familiar, sino que debe abarcar cualquier espacio sobre el que la persona haya tomado medidas para evitar las intromisiones ajenas. Mucho menos puede acudirse al concepto constitucional de domicilio al que se refiere el art. 18.2 CE para delimitar el espacio en el que se desenvuelve el derecho a la intimidad. Se trata de realidades distintas que, independientemente de que ocasionalmente se solapen de modo parcial, responden a finalidades constitucionales distintas” (f. j. 3).

protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado”. Esta idea de la expectativa razonable de encontrarse al resguardo del escrutinio ajeno está vinculada al empleo subrepticio y clandestino de medios de captación de imágenes y sonidos como era el caso resuelto por la sentencia del máximo intérprete constitucional<sup>38</sup>.

El elenco de derechos fundamentales que puede resultar afectado como consecuencia del empleo de medios de videovigilancia es amplio, aunque todos ellos giren en torno al concepto extenso del derecho a la intimidad. La reiteradamente citada STS de 6 de mayo de 1993 condicionaba, por ejemplo, la admisibilidad de los sistemas mecánicos de grabación de imágenes a que su utilización se realizase “dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliaria”<sup>39</sup>. La LO 4/1997, por ejemplo, menciona de forma expresa en su Preámbulo que dicha Ley, en la medida en que incide en las condiciones del ejercicio de determinados derechos fundamentales, como el derecho a la propia imagen y el derecho de reunión, ha de tener en su totalidad el carácter de LO. A lo largo de su articulado menciona posteriormente y de forma expresa los derechos al honor, a la propia imagen y a la intimidad. Y en la medida en que las imágenes y sonidos merecen la condición de datos de carácter personal, contiene dicha LO importantes garantías vinculadas al derecho a la protección de los datos de carácter personal (derecho de información, acceso, cancelación, etc.) y se remite a la normativa sobre esta materia, sin perjuicio de las disposiciones específicas que se contienen en ella<sup>40</sup>. Además se contienen previsiones relativas a

<sup>38</sup> Se trata del supuesto de utilización de la técnica de investigación periodística llamada “cámara oculta” en la que una periodista haciéndose pasar por una paciente capta imágenes y conversaciones mantenidas con la demandante, que se atribuye la condición de esteticista y nutricionista. La grabación se emite finalmente en un programa de televisión. Estima el Tribunal Constitucional que el medio específico utilizado (cámara oculta) presenta una “especial capacidad intrusiva” que impide a la persona afectada ejercer “su legítimo poder de exclusión” al mantenerse el “contexto secreto y clandestino” hasta el momento de la difusión televisiva.

<sup>39</sup> Para añadir a continuación que los derechos establecidos por la LO 5/1982, reguladora de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, “no pueden considerarse absolutamente ilimitados”.

<sup>40</sup> Art. 2.2 LO 4/1997: “Sin perjuicio de las disposiciones específicas contenidas en la presente Ley, el tratamiento automatizado de las imágenes y sonidos se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación

la captación de imágenes o sonidos en el interior de viviendas o a la captación de conversaciones privadas, por lo que añadiríamos a dicha relación los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones<sup>41</sup>.

Como puede comprobarse de la enumeración anteriormente indicada, la tecnología de la videovigilancia presenta desde la perspectiva jurídico-constitucional y iusfundamentalista una dimensión cualitativamente distinta a la mera yuxtaposición de dos supuestos conocidos, como es el caso de la captación de la imagen y la captación del sonido<sup>42</sup>. Algunos de los derechos citados por la jurisprudencia y por la LO 4/1997 gozan de una específica garantía constitucional, como es el caso de la reserva judicial para la autorización de las intromisiones en los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. La legitimidad de la obtención de las grabaciones videográficas estará condicionada al respeto de esas garantías específicas.

---

del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal". LORTAD derogada y sustituida por la LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal. El TEDH, ha afirmado igualmente que el registro de imágenes en un soporte permanente y su montaje con vistas a una utilización posterior pueden ser consideradas como un tratamiento o colecta de datos de carácter personal y, por consiguiente, constituir una injerencia en el derecho a la vida privada (*Perry c. Reino Unido*, de 17 de julio de 2003). Vid. igualmente PÉREZ GIL, Julio y GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José. La videovigilancia como diligencia de recogida de datos de carácter personal: una reflexión sobre sus repercusiones procesales. En: ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco y ORDEÑANA GEZURAPA, Ixusko (coords.). Videovigilancia. Ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En especial la protección de datos personales. Valencia: Tirant lo Blanch 2010. p. 291-332; ETXEBERRIA GIURIDI, Videovigilancia y el derecho a la protección de los datos, *Op. cit.*, p. 187 y sigtes.

<sup>41</sup> ARZOZ SANTIESTEBAN (Videovigilancia, seguridad ciudadana, *Op. cit.*, p. 31-33) amplía el catálogo de derechos fundamentales afectados añadiendo los derechos a la libertad ideológica, a la libertad, a la libertad de circulación, a la libertad sindical y a la huelga, etc. Según este autor, tales derechos podrían dividirse en dos categorías: por un lado, derechos fundamentales ligados a la protección de la vida privada; por otro lado, derechos fundamentales de libertad; siendo más categórica la posible incidencia en los primeros, frente a la mayor sutileza en el caso de los segundos.

<sup>42</sup> ARZOZ SANTIESTEBAN, *idem*, p. 21. Se refiere en similares términos CABEZUDO RODRÍGUEZ (Omisiones y recelos del legislador procesal, *Op. cit.*, p. 3) a la permeabilidad existente entre los distintos instrumentos tecnológicos.

**b. Principio de proporcionalidad.** La mención a la incidencia o afectación en los derechos fundamentales como consecuencia de la video-vigilancia no puede hacerse al margen de toda consideración hacia el principio de proporcionalidad. Este principio resulta esencial, e informa el conjunto de actividades de diversa naturaleza en el que opera una restricción de derechos y libertades fundamentales. En tal sentido ha sido calificado como un “presupuesto de carácter negativo”, pues resultan inadmisibles aquellas actuaciones y diligencias que incidiendo en derechos fundamentales vulneran el principio de proporcionalidad<sup>43</sup>.

El llamado principio de proporcionalidad es básicamente resultado de una elaboración doctrinal y jurisprudencial del TEDH, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la actualidad) y de los Tribunales Constitucionales de nuestro entorno europeo occidental, en especial el alemán federal<sup>44</sup>. Precisamente se considera que el principio surge originariamente circunscrito al derecho policial y posteriormente se expande al conjunto del Derecho administrativo para “pasar a impregnar” todo el Derecho público<sup>45</sup>. Evidentemente, la vigencia del principio de proporcionalidad se aprecia en otros ámbitos. En tal sentido, se ha considerado una exigencia histórica de la pena. Pero trascendiendo más allá de los ámbitos administrativo y penal, ha experimentado un “mayor crecimiento, constituyendo una de las máximas jurídicas fundamentales cuya expansiva e ilimitada virtualidad en caso todos los ámbitos del Derecho no encuentra parangón alguno”, llegando a ser considerado como un imperativo consustancial del

---

<sup>43</sup> DZENDZALOWSKI, Horst. Die körperliche Untersuchungen. Eine strafprozessual-kriminalistische Untersuchung zu den §§ 81a und 81c StPO. Lübeck: Max Schmidt-Römhild, 1971. p. 22.

<sup>44</sup> PEDRAZ PENALVA, Ernesto y ORTEGA BENITO, Victoria. El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas. *En*: Poder Judicial, 1990, no. 17. p. 80; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid: Colex, 1990, p. 21.

<sup>45</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel. El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal. *En*: Diario La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, no. 4, 1994. p. 1115. PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO (Ibid., p. 72) consideran, por el contrario, que el principio de proporcionalidad tiene su origen en la esfera jurídico penal y está íntimamente ligado a la Ilustración.

Estado de derecho en lo que conlleva de imposición al Estado de un ejercicio moderado de su poder<sup>46</sup>.

¿Cuáles son las razones de este fenómeno expansivo del principio de proporcionalidad? Uno de los factores determinantes aducidos para explicar el crecimiento en el ámbito de aplicación de este principio reside, precisamente, en el “reforzamiento cuantitativo y cualitativo de los derechos fundamentales” experimentado tras la Segunda Guerra Mundial en los países occidentales<sup>47</sup>. Ello sería debido básicamente a dos factores: por un lado, la conciencia de que la preocupación por los derechos y libertades fundamentales del individuo excede de los límites meramente nacionales, convirtiéndose en una cuestión supraestatal que se traduce en la proliferación de Pactos y Convenios Internacionales encaminados a la protección de estos derechos fundamentales<sup>48</sup>; por otro lado, los derechos fundamentales dejan de tener un valor programático para transformarse en verdaderos derechos cuya efectividad resulta exigible.

El verdadero significado y alcance del principio de proporcionalidad en un ámbito como es el de la persecución de hechos criminales podría resumirse en la reveladora apreciación que formula Manfred Gentz acerca de la consideración que al Tribunal Constitucional federal alemán le merece este principio con respecto a las actuaciones

---

<sup>46</sup> PEDRAZ PENALVA, Ernesto. Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad. En: II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. La reforma del proceso penal. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1989. p. 342-343; en idéntico sentido, RUPP, Hans Heinrich. Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit. En: Neue Juristische Wochenschrift, no. 30, 1969. p. 1273; SCHÄFER, Karl y HANACK, Ernst-Walter. Strafprozessrecht. Eine Einführung. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1976. p. 17.

<sup>47</sup> PEDRAZ PENALVA, idem, p. 73; PEDRAZ PENALVA, Ernesto. Sobre la crisis de la Justicia. En: Poder Judicial, no. 10. Crisis de la Justicia y reformas procesales. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Madrid: Ministerio de Justicia, 1988. p. 28-29.

<sup>48</sup> RUIZ-JARABO y COLOMER, Dámaso. Los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas. En: Poder Judicial no. Extraordinario 6. Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas. Madrid: Ministerio de Justicia, 1989. p. 159-177; CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. El sistema jurisdiccional europeo de protección de los derechos humanos: la Comisión y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos. En: Poder Judicial no. Extraordinario 6. Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas. Madrid: Ministerio de Justicia, 1989. p. 247-264.

de los poderes públicos que inciden en los derechos fundamentales: “límite de todas las limitaciones de los derechos fundamentales”<sup>49</sup>.

Todas estas consideraciones han tenido fiel reflejo en la jurisprudencia de nuestros tribunales cuando entran a analizar la justificación constitucional de las injerencias en la esfera de los derechos fundamentales del individuo con ocasión de la investigación y prueba de hechos punibles. Así, entiende el Tribunal Constitucional que una vez “constatada la afectación del derecho fundamental a la intimidad personal, hemos de analizar a continuación si tal afectación resulta constitucionalmente legítima o si, por el contrario, constituye una vulneración del derecho afectado” (STC 206/2007, de 24 de septiembre, f. j. 5). Añadiendo a continuación, y con fundamento en la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 CEDH, que tal juicio sobre la legitimidad constitucional de la injerencia ha de pivotar sobre la proporcionalidad de la misma<sup>50</sup>.

Esta doctrina constitucional se ha reiterado sistemáticamente en el análisis de la legitimidad, por parte de nuestros tribunales, de diligencias procesales restrictivas de derechos fundamentales tales como las entradas y registros, las intervenciones de las comunicaciones personales, las intervenciones corporales, etc. Resumiendo lo dicho hasta ahora, los requisitos “que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia” serían los siguientes: a) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (considerando como tal “el interés público propio de la investiga-

---

<sup>49</sup> GENTZ, Manfred. Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen. En: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), no. 35, 1968. p. 1600-1601. Vid. en España, MEDINA GUERRERO, Manuel. La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales. Madrid: Mc Graw-Hill, 1996. p. 117-145.

<sup>50</sup> Son frecuentes en tal sentido referencias de este estilo: “recordábamos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a la garantía de la intimidad individual y familiar del art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) exige que las limitaciones estén previstas legalmente y sean las *indispensables en una sociedad democrática*, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y *proporcionados* para el logro de su propósito (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; *mutatis mutandis*, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997)” (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre; 196/2004, de 15 de noviembre; 206/2007, de 24 de septiembre).

ción de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal"); b) la existencia de una previsión legal específica de la medida limitativa del derecho (principio de legalidad); c) que, como regla general, se acuerde mediante una resolución judicial motivada; y d) "*la estricta observancia del principio de proporcionalidad*, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (*juicio de idoneidad*), que la misma resulte necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (*juicio de necesidad*), y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (*juicio de proporcionalidad en sentido estricto*)"<sup>51</sup>.

Como no podía ser de otro modo, esta doctrina encuentra también reflejo en el análisis de la constitucionalidad de las medidas de videovigilancia por parte de nuestros tribunales. Para ello se parte de la premisa de que "el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como *necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho*"<sup>52</sup>.

El principio de proporcionalidad adquiere especial protagonismo en aquellos supuestos en los que la injerencia en los derechos fundamentales motivada por las medidas de videovigilancia no precise de intervención judicial previa<sup>53</sup>. Como tendremos ocasión de

<sup>51</sup> SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre; 234/1997, de 18 de diciembre; 37/1998, de 17 de febrero; 70/2002, de 3 de abril; y 25/2005, de 14 de febrero; 206/2007, de 24 de septiembre.

<sup>52</sup> STC 186/2000, de 10 de julio, sobre videovigilancia en el puesto de trabajo y reiterando las tres condiciones que deben satisfacerse desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad de la medida, a saber, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Acerca de la escasa idoneidad y eficacia de la videovigilancia vinculada a la prevención delictiva *vid.* ARZOZ SANTISTEBAN, Videovigilancia, seguridad ciudadana, Op. cit., p. 229-232.

<sup>53</sup> También cuando el empleo de la videovigilancia se produce en el ejercicio de las facultades de vigilancia del empresario. *Vid.* la STC 98/2000, de 10 de abril.

analizar, ésta es la situación dominante en la vigilancia en espacios públicos en los que, conforme a lo indicado, no puede afirmarse que no se manifiesten determinados aspectos de la personalidad y libertades del individuo merecedoras de tutela. Buena prueba de ello es, nuevamente, la LO 4/1997 que reitera en varios de sus preceptos que la utilización de las videocámaras estará presidida por el principio de proporcionalidad<sup>54</sup>.

c. *Grabación de imágenes en espacios no públicos.* Si algo quedó meridianamente claro de la primera jurisprudencia sobre videovigilancia aplicada al proceso penal, es la rotundidad con que se pretendía disociar los requisitos de legitimidad de la medida partiendo de la zona o el área sobre la que recaía la misma. Resumidamente, las grabaciones afectantes al interior del domicilio o espacios similares incidirían en el derecho a la inviolabilidad del domicilio o al derecho a la intimidad de forma particularmente intensa. Consecuentemente dicha utilización gozaría de la reserva judicial constitucionalmente garantizada (art. 18.2 CE). Fuera del domicilio, apenas resultaría afectada la esfera de derechos y libertades fundamentales del individuo. Esta tajante afirmación ha sido matizada en lo que respecta a la captación de imágenes en espacios públicos. La tan reiterada STS 6 mayo 1993 recoge fielmente esta distinción al afirmar que “La captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad<sup>55</sup>. Por ello,

---

Incluso en el orden civil, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 17 de mayo de 2003 (ponente J. Martínez Fernández) estima desproporcionada la colocación de cámaras que controlan la entrada a un domicilio donde reside una persona de origen senegalés por la sensación de seguridad de los vecinos.

<sup>54</sup> En el Preámbulo de la LO se anticipa que procede introducir en el uso de los medios de grabación de imágenes y sonidos una serie de garantías precisas para que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución “no pueda verse perturbado con un exceso de celo en la defensa de la seguridad pública”. En el art. 4 se enumera una serie de criterios a considerar en la autorización de instalaciones de videocámaras fijas, “conforme al principio de proporcionalidad”, y en el art. 6.1, ya con carácter general sobre los principios de utilización de videocámaras, se dispone que “la utilización de videocámaras estará presidida por el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima”, especificándose a continuación qué ha de entenderse por dichas manifestaciones del principio de proporcionalidad.

<sup>55</sup> Al igual que no procede equiparar espacio público con ausencia absoluta de manifestaciones de la intimidad, esta equiparación entre inviolabilidad del

cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invade el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental<sup>56</sup>.

Según la misma sentencia, esto ha de satisfacerse “aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario<sup>57</sup>. De la misma se deduce que lo que se protege no es tanto la intromisión física en el domicilio, sino lo que podría desarrollarse en el interior del mismo y que puede ser captado desde el exterior<sup>58</sup>. Este criterio se consolida en posterior jurisprudencia. Es también la reflejada, según esta misma jurisprudencia, en la LO 4/1997 cuyo art. 6.5 dispone que “no se podrán utilizar videocámaras

---

domicilio e intimidad ha de ser matizada atendiendo al carácter sustancial de la intimidad, frente al carácter formal del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (o del derecho al secreto de las comunicaciones), Vid. al respecto, DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. Publicidad y secreto en la Constitución. *En*: Cuadernos de Derecho Judicial, no. 25. Acceso judicial a la obtención de datos, 1997. p. 55-56; JIMÉNEZ CAMPO, Javier. La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. *En*: Revista Española de Derecho Constitucional, no. 20, 1987. p. 40-41.

<sup>56</sup> También las SSTs 1171/1994, de 6 de abril (según esta sentencia, en estos casos “sería necesario Auto del Juez con suficiente motivación y que respondiera, por analogía, a las exigencias y requisitos de las intervenciones telefónicas, esto es, tomarse en el curso de un procedimiento penal, existencia de indicios racionales de criminalidad respecto de un delito grave, imposibilidad o gran dificultad de averiguación de la grave infracción por otra vía, control judicial de la intervención y fijación por el Juez del lugar o lugares, tiempo y modo de llevarse a cabo una medida tan excepcional”); 1504/1994, de 21 de mayo; 1220 de 27 de febrero de 1996 (ponente J.M. Ramírez-Pereda Rodríguez); 828/1999, de 19 mayo.

<sup>57</sup> En idéntico sentido la STS 354/2003, de 13 de marzo, al afirmar que “No estarían autorizados, sin el oportuno placet judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaliéndose de los adelantos y posibilidades técnicas de estos aparatos grabadores, *aún cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario*”.

<sup>58</sup> A favor de dicha interpretación SENÉS MOTILLA, Cámaras de control y filmación de las vías públicas, *Op. cit.*, p. 284; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Instituciones de Derecho Procesal Penal. Akal, Madrid: Akal, 1999. p. 309; MARTÍN MORALES, Ricardo (El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras, *Op. cit.*, p. 1718), en cambio, considera que estos casos de injerencia electrónica habrían encajado mejor en el art. 18.1 CE.

para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial...<sup>59</sup>. Esta previsión normativa es acorde con lo previsto en el art. 18.2 CE respecto del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Ahora bien, dicho lo anterior procede aclarar a continuación si cabe formular algún tipo de matización al concepto de domicilio y qué otros espacios son asimilables al mismo desde la perspectiva de las garantías que se precisan (fundamentalmente autorización judicial). En primer término procede concretar qué ha entenderse por domicilio, y, considerando la jurisprudencia recaída sobre dicho concepto a los efectos de la diligencia de entrada y registro –caracterizada por su flexibilidad–, el mismo ha de venir determinado por el destino o uso que se le da al espacio, y no por la titularidad, configuración física u otra circunstancia secundaria. Podrían con carácter general caracterizarse como tales a los espacios acotados o cerrados aptos para el desenvolvimiento de la vida personal o familiar con exclusión de la actuación de los poderes públicos<sup>60</sup>. Por otro lado, la LO 4/1997 incluye dentro del ámbito protegido, además del interior de las viviendas, a *sus* vestíbulos, esto es, como partes integrantes de aquéllas. Esta referencia a los vestíbulos refleja una influencia clara de la normativa sobre seguridad francesa, en concreto de la Ley 95-73, de 21 de enero de 1995, cuyo art. 10.II contiene dicha referencia (*leurs entrées*)<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Según dicho precepto, las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente “deberán ser destruidas inmediatamente”. El Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley (aprobado por RD 596/1999, de 16 de abril) califica dichas grabaciones de “ilegales” y ordena también su destrucción (art. 20).

<sup>60</sup> Vid. al respecto, ARZOZ SANTISTEBAN, Videovigilancia, seguridad ciudadana, Op. cit., p. 177-179.

<sup>61</sup> Esta influencia es reconocida por el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto de la Ley. Surge una primera dificultad a la hora de determinar el significado del término “vestíbulo”, pues hace referencia al portal o entrada de un edificio, pero también se denomina así a una pieza o parte de la vivienda (recibidor), según REQUERO IBÁÑEZ (Aspectos administrativos de la videovigilancia, Op. cit., p. 25-26), quien opta por la acepción más amplia. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (Videovigilancia y libertad, Op. cit., p. 30), entiende lógica esta extensión a los vestíbulos, pues rebela qué persona entra y sale del domicilio cuya salvaguarda se pretende. SEISDEDOS MUIÑO (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Op. cit., p. 431) considera igualmente que vigilar continuamente y durante un plazo dilatado la entrada de la vivienda permite trazar un cuadro completo de ciertos hábitos, comportamientos y, en general, aspectos de la vida privada de la persona afectada.

Lo anterior no impide que proceda matizar que no siempre y en todo caso lo que ocurre en el interior de la vivienda goza de la protección derivada del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE). Esto es, se requerirá que el titular de dicha vivienda adopte las medidas o precauciones necesarias y mínimas para mantener dicho espacio vetado a las injerencias ajenas. Es posible que lo que ocurre en el interior de las viviendas sea perfectamente visible sin el auxilio de artilugios técnicos especiales desde el exterior de las mismas (por no colocar cortinas o protectores similares). En supuestos similares ha considerado la jurisprudencia que no es precisa la autorización judicial para captar las imágenes de lo que ocurre en el interior de las viviendas. Al respecto se ha indicado que la autorización judicial será necesaria cuando “sea imprescindible vencer un obstáculo que haya predispuerto para salvaguardar la intimidad. Cuando, por el contrario, tal obstáculo no existe, como en el caso de una ventana que permite ver la vida que se desarrolla en el interior de un domicilio no es necesaria una autorización judicial”<sup>62</sup>.

Aclaradas algunas dudas acerca de lo que ha de entenderse por vivienda o domicilio y en qué casos excepcionales no procede la tutela concedida a los mismos, puede uno preguntarse si existen espacios o ámbitos asimilables al domicilio aunque no estén destinados a tal uso. Puede ocurrir que en los mismos se desarrollen manifestaciones vinculadas a la intimidad. Es el supuesto de los baños públicos, por ejemplo. Al respecto nuestros tribunales han diferenciado la zona común o antesala, de lo que es propiamente el váter o retrete. Sólo en este último caso la intromisión precisaría de autorización judicial. Así, la STS 620 de 5 de mayo de 1997, expone que:

---

<sup>62</sup> También las SSTs 1733/2002, de 14 de octubre; 354/2003, de 13 de marzo. Este criterio es aplicable a los supuestos en los que no se adoptan medidas para evitar intromisiones en los patios de las casas. Así, conforme a la STS de 18 de febrero de 1999 (RJA 1921) “cuando esos lugares o espacios físicos se encuentran expuestos por su propia estructura a la intromisión ajena, de tal manera que se hace inviable su calificación como recintos adecuados para resguardar la intimidad de sus usuarios; cuando el mismo interesado permite el intrusismo de cualquier agente exterior en esos espacios, indefensos por la omisión o desidia propia al no haberse establecido obstáculo o impedimento a la injerencia ajena, el Ordenamiento jurídico no puede atribuir la condición de privativos o íntimos a aquellos lugares”. A favor de dicha interpretación también RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Videocámaras y proceso penal, Op. cit., p. 74; el mismo autor, Videovigilancia y libertad, Op. cit., p. 30.

Sin duda se trata de un lugar público, en cuanto que a tales servicios puede acceder cualquier persona, pero la sentencia entiende que, no obstante tal condición ello no significa que se trate de un espacio desprovisto de toda privacidad, pues su destino, hace que esté rodeado de esa connotación, por lo que puede hablarse, de un lugar público, pero no expuesto al público. Pues bien, siendo esto cierto y de acuerdo con los términos indiscutidos del *factum*, no lo es menos, –como señala el Fiscal recurrente– que las acciones más privadas que se pueden realizar en un lugar como el de autos, estuvieron fuera del campo de acción de la cámara. Nos referimos a los retretes propiamente dichos, cuyo ámbito de intimidad parece alejado de toda duda. Sin embargo, no sucede lo propio con lo que la sentencia denomina *antesala del váter* (sic), lugar que era el que caía bajo el campo de acción de la cámara, en el que bien puede decirse que, por mucho que sea de cierta intimidad, desaparece la propia de los retretes en los que dicha nota la marca la puerta que los separa de la denominada *antesala*<sup>63</sup>.

El Anteproyecto de reforma de la LECrim. que se hizo público en julio de 2011, resolvía algunas de estas cuestiones al incorporar una serie de diligencias de características similares a las que nos referimos, aunque no prosperaron tras la disolución de las Cortes. En concreto, en el Libro III relativo a las “Diligencias de investigación” se dedica un Título III a las diligencias consistentes en observaciones y vigilancias físicas y en la utilización de dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen. La diligencia denominada “vigilancias físicas” consiste, según el ALECRim. en realizar labores de vigilancia u observación de personas, lugares o cosas que puedan estar relacionadas con el hecho delictivo objeto de la investigación y está orientada a “averiguar los delitos, descubrir a los responsables de su comisión o averiguar su paradero”. La aplicación de esta medida puede acordarla la Policía Judicial, por sí, o por orden del Ministerio Fiscal (art. 314.1 ALECRim.). En todo caso, las labores de vigilancia se desarrollarán “exclusivamente en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto o público” (art. 314.2 ALECRim.) y, conforme al mismo precepto, no podrán realizarse de forma sistemática o utilizando sistemas técnicos de seguimiento y localización u obtención de imágenes sin la correspondiente autorización.

<sup>63</sup> Similares pronunciamientos cabe hallar en supuestos de aplicación de medidas de videovigilancia en el ámbito de la empresa. Así, en la STC 98/2000, de 10 de abril, relativa a la colocación de cámaras y micrófonos en un casino, se afirma que “la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores o análogos resulta, *a fortiori*, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores”.

Esta referencia a las vigilancias físicas desaparece del BCPP (2013) que regula directamente, al igual que la ALECrím. (2011) predecesora, la diligencia denominada “vigilancia sistemática”. Ésta, es también realizada por funcionarios de policía pero el elemento diferenciador sería su carácter sistemático o duradero. Lo que ha de entenderse por sistemático o duradero varía en las distintas propuestas de reforma procesal. En el ALECrím. consistía en una vigilancia de cinco días consecutivos o de más de cinco días no consecutivos repartidos en el período de un mes (art. 315.1 ALECrím.). En el BCPP (2013) los días consecutivos se reducen de cinco a tres (exactamente 36 horas), pero se mantienen los cinco días no consecutivos en el período de un mes (art. 329.1 BCPP).

En principio, estas vigilancias policiales sistemáticas se han de desarrollar exclusivamente en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto o público (arts. 314.2 ALECrím. y 330.1 BCPP). Las mismas pueden ir acompañadas de la utilización de medios técnicos de obtención de imágenes, la cual habrá de ser autorizada por el Ministerio Fiscal siempre que el ámbito espacial de vigilancia se mantenga dentro de los márgenes públicos mencionados (arts. 316.1 ALECrím. y 330.1 BCPP en relación con el art. 329.1 BCPP)<sup>64</sup>. La realización de vigilancias sistemáticas por la Policía, vaya acompañada o no de dispositivos de captación de la imagen, exige la concurrencia de indicios de la comisión de un delito contra el afectado y la sujeción al principio de proporcionalidad (arts. 315.2 y 316.1 ALECrím.; 329.2 BCPP)<sup>65</sup>.

Cuando la captación de imágenes se refiere a actividades desarrolladas en el interior de las viviendas es precisa autorización judicial<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> El ALECrím. prevé, además, la posibilidad de que en casos de extraordinaria o urgente necesidad, podrá la policía proceder a la utilización de dichos dispositivos: “No obstante, en casos de extraordinaria o urgente necesidad, la policía podrá proceder a la instalación y utilización inmediata de dispositivos de seguimiento y localización o a la utilización de dispositivos de captación de la imagen en lugares públicos o abiertos, dando cuenta inmediata al Ministerio Fiscal, que en el plazo de veinticuatro horas deberá autorizar el uso de la medida o dejarla sin efecto” (art. 316.2).

<sup>65</sup> Esta medida puede afectar, no obstante, a personas diferentes del sospechoso cuando se disponga de indicios de que estas personas mantienen contacto o lo van a establecer con el sospechoso y cuando resulta inevitable esa afición a terceros (arts. 316.2 ALECrím.; 329.3 BCPP).

<sup>66</sup> El art. 706-96 CPPf reserva también a favor del Juez de Instrucción la autorización mediante resolución motivada de la colocación de dispositivos

También, cuando se trata de otro lugar cerrado asimilado al domicilio por desarrollarse en su interior “actos de carácter íntimo”. El ALECrIm. enmienda, incluso, el criterio jurisprudencial que consideraba que no era precisa la autorización judicial, en los casos en los que el usuario de la vivienda no adoptase las precauciones adecuadas para preservar la privacidad del espacio, al entender que dicha autorización resulta procedente aunque las actividades “puedan ser divisadas desde el exterior”<sup>67</sup>.

El ordenamiento procesal penal colombiano sí contempla expresas previsiones relativas al uso de mecanismos de videovigilancia con motivo de la ejecución de las diligencias denominadas de “vigilancia y seguimiento de personas” (art. 239 CPP) y “vigilancia de cosas” (art. 240 CPP). Aunque no lo diga expresamente, cabe interpretar que se está refiriendo al posible uso de sistemas de videovigilancia en espacios públicos, pues en caso de referirse a la vigilancia en espacios privados como el domicilio no tendría sentido la prevención contenida en el art. 239. II CPP: “cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del individuo o imputado o de terceros”, pues dicha expectativa resultaría insoslayable si la vigilancia comprendiera espacios equiparables al domicilio. Ahora bien, de ser ésta la intención del legislador – limitar el alcance del art. 239 CPP a espacios públicos– resulta loable el régimen de garantías previsto. En efecto, al igual que en el caso de las todavía propuestas de reformar procesal españolas, el CPP colombiano reserva a la Fiscalía la disposición de la diligencia. Pero las similitudes se detienen aquí, pues el ordenamiento colombiano condiciona la adopción de la medida a un control de legalidad posterior por el Juez de Garantías (art. 239.III CPP) siguiendo un régimen idéntico al previsto para los registros y allanamientos,

---

técnicos con el objeto de captar, grabar, transmitir y archivar imágenes de una o más personas que se encuentren en un lugar privado. El párrafo tercero del mismo precepto prohíbe esta misma actividad si se lleva a cabo en vehículos, despachos o domicilios de abogados, medios de comunicación, médicos, notarios, diputados, senadores, etc. Estas actividades de control sólo resultan admisibles respecto de las infracciones comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 706-73 CPPf, esto es, criminalidad y delincuencia organizada.

<sup>67</sup> El art. 317.1 ALECrIm. tiene por título, precisamente, “autorización judicial” y dispone que “Será necesaria la autorización del Juez de Garantías para captar y grabar las actividades desarrolladas en el interior de domicilios o en lugares cerrados destinados a la realización de actos de carácter íntimo, *aunque las mismas puedan ser divisadas desde el exterior*”.

retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet<sup>68</sup>.

Debe añadirse que el ordenamiento procesal penal colombiano prevé, igualmente, el uso de artilugios de videovigilancia para la vigilancia de cosas (art. 240 CPP –entre las que se incluyen los inmuebles–) o con motivo de la actuación de agentes encubiertos. En este último supuesto, en cambio, el uso de los medios técnicos como las filmaciones videográficas por el agente encubierto englobaría también espacios reservados como el domicilio del indiciado o imputado a tenor de lo previsto en el art. 242 CPP (“ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado”). En cualquier caso, el uso de sistemas de videovigilancia por agentes encubiertos está igualmente sometido al control posterior por parte del Juez de Control de Garantías (art. 242. IV CPP).

**d. Grabación de imágenes en espacios públicos.** La grabación en lugares públicos no tutelados por la reserva judicial característica del domicilio o espacios análogos, no significa que dicha grabación sea admisible en cualquier caso y sin ningún tipo de restricción. Ha quedado superada aquella inicial jurisprudencia que estimaba la ausencia de manifestaciones de la intimidad o de otros derechos fundamentales en espacios públicos. También en estos casos siguen estando en juego derechos fundamentales del individuo. Los presupuestos y garantías exigidas por la LO 4/1997 son muestra de ello (información clara de la existencia de videocámaras, informe previo preceptivo de una Comisión, modalidades de riesgo distintas dependiendo del carácter de las videocámaras –razonable riesgo para la seguridad ciudadana en el caso de las cámaras fijas y un peligro preciso y concreto en las móviles que habilita a la captación conjunta de imagen y sonido–, etc.). En particular el principio de proporcionalidad que habrá de ser ponderado por los órganos jurisdiccionales al valorar la admisibilidad de la prueba y su aptitud para desvirtuar la presunción de inocencia.

---

<sup>68</sup> Vid. art. 237 CPP. Entre las restantes garantías cabe mencionar la exigencia de que concurren “motivos razonablemente fundados” para inferir que el imputado pudiere conducir a conseguir información útil para la investigación; o la ya mencionada de limitación de no afectar la expectativa razonable de la intimidad.

Volviendo nuevamente a la LO 4/1997, su art. 6.5 dispone que “No se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, *ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas*, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia”. Este precepto es una clara muestra de que en los lugares públicos a los que se refiere el art. 1 de la LO caben manifestaciones de la intimidad de las personas que pueden ser afectadas de “forma directa y grave” y que en dichos supuestos “no se podrán utilizar videocámaras para tomar *imágenes* ni sonidos” y que es precisa en los mismos la autorización judicial. El principal inconveniente que plantea dicho precepto en su aplicación, radica en la dificultad de apreciar *a priori* los supuestos en los que puede resultar afectada “de forma directa y grave” la intimidad de las personas y que requerirán la autorización judicial.

Estas cuestiones están estrechamente relacionadas con la eficacia procesal, básicamente la eficacia probatoria, de las grabaciones. Si nos atenemos a lo dispuesto en el art. 7.1 de la LO 4/1997 (“aspectos procedimentales”), las grabaciones que captan la comisión de hechos constitutivos de ilícitos penales han de ser puestos a disposición judicial siempre que la filmación se haya realizado “de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley”<sup>69</sup>. Ahora bien, ¿quién ha de valorar que se hayan respetado o no los requisitos establecidos en la Ley?, ¿qué criterio ha de prevalecer, el del órgano de la jurisdicción penal competente para conocer del caso o el de los órganos administrativos que intervienen previamente conforme a la LO 4/1997?

---

<sup>69</sup> “Realizada la filmación de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley, si la grabación captara la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de ilícitos penales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán la cinta o soporte original de las imágenes y sonidos en su integridad a disposición judicial con la mayor inmediatez posible y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación. De no poder redactarse el atestado en tal plazo, se relatarán verbalmente los hechos a la autoridad judicial, o al Ministerio Fiscal, junto con la entrega de la grabación”.

A modo de ejemplo, conforme al anteriormente citado art. 6.5 LO 4/1997 si “accidentalmente” se obtuvieran imágenes y sonidos en los casos proscritos en el mismo (interior de vivienda, vestíbulos, lugares públicos pero afectando gravemente a la intimidad, etc.) las mismas se destruirán inmediatamente “por quien tenga la responsabilidad de su custodia”. Esta responsabilidad de la custodia recae en un “órgano o autoridad gubernativa” (art. 8.4). ¿Qué ocurre si el criterio del responsable de la custodia acerca de la, por ejemplo, grave afección en la intimidad no se corresponde con el del órgano judicial del orden penal competente?

Otro tanto ocurre en el caso de la intervención de la Comisión a que se refiere la LO 4/1997 y a la que corresponde informar previamente la autorización de la colocación de videocámaras fijas e informar posteriormente la utilización de videocámaras móviles. El informe en ambos casos es vinculante y de ser negativo dará lugar a la no autorización de la colocación de videocámaras fijas (art. 3.3) y a la destrucción inmediata de las grabaciones por el responsable de su custodia en el caso de las móviles (art. 5.2). Puede en estos supuestos plantearse una posible colisión de pareceres entre dicha Comisión y la autoridad judicial penal competente. En nuestra opinión ha de corresponder al órgano judicial encargado de la causa penal resolver si las grabaciones pueden tener eficacia procesal probatoria o no y si se han respetado o no los criterios y principios recogidos en la LO 4/1997 y que pueden conducir a su declaración de ilicitud. La Comisión a la que se refiere el art. 3 LO 4/1997 y a la que incumbe velar por el respeto de los derechos de los ciudadanos con sus informe no deja de ser un órgano administrativo<sup>70</sup>. Alguna jurisprudencia menor así lo ha considerado<sup>71</sup>. No sería ésta, sin

<sup>70</sup> Como advierte el CGPJ en el Informe sobre el Anteproyecto de Reglamento las actividades de los magistrados que componen dichas Comisiones no serían de carácter jurisdiccional y entrarían de lleno en la categoría prevista en el art. 117. 4 CE, esto es, las funciones atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho. Acerca de la naturaleza administrativa de dichas Comisiones y las garantías de su independencia Vid. DE LA IGLESIA CHAMORRO, Alicia. Las comisiones de garantías de la videovigilancia. *En*: Revista de Derecho Político, no. 68, Madrid: UNED, 2007. p. 28-229; BAUZÁ MARTORELL, Felio José. Régimen jurídico de la videovigilancia. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 92 y sigtes.; ETXEBERRIA GURIDI, La Comisión de Videovigilancia y Libertades del País Vasco, *Op. cit.*, p. 116; ARZOZ SANTISTEBAN. Videovigilancia, seguridad ciudadana, *Op. cit.*, p. 241.

<sup>71</sup> La falta de autorización administrativa para la obtención de grabaciones por medio de videocámaras no conduce inevitablemente a la nulidad de las mismas

embargo, la solución más adecuada conforme a las previsiones contenidas en el ALECrím. Al respecto, se afirma categóricamente que “no podrán ser utilizadas las grabaciones obtenidas mediante dispositivos de grabación de la imagen por los servicios de vigilancia de instalaciones públicas y privadas *cuando su instalación y uso no se encuentren autorizados conforme a la ley*” (art. 323 ALECrím.). El BCPP guarda silencio al respecto.

Como se ha adelantado más arriba, las propuestas de reforma procesal penal presentadas recientemente en España [ALECrím. (2011) y BCPP (2013)] abordan el uso de la videovigilancia (captación de imágenes) en espacios públicos, aunque con algunas diferencias entre ambas. El BCPP (2013) parece comprender la posibilidad de utilizar medios de captación de imágenes en el contexto de las vigilancias sistemáticas (art. 330.1 en relación con el art. 329 BCPP). El ALECrím. (2011) permite interpretar, en cambio, que nos hallamos ante dos diligencias distintas [“la vigilancia sistemática y aquella en la que sean utilizados medios de (...) obtención de imágenes” –art. 315.2–]. Lo que se entiende por vigilancia sistemática es también diverso en ambas propuestas, como hemos visto anteriormente, en función de la duración de la vigilancia. En lo que coinciden ambas propuestas es que se precisa la autorización del Ministerio Fiscal (art. 329.1 BCPP y art. 316.1 ALECrím.). El ALECrím. no así el BCPP, prevé que en caso de urgencia puede proceder la policía de oficio, como hemos comprobado anteriormente.

También coinciden ambas propuestas en la exigencia de que concurren indicios de la comisión de hechos delictivos o que se trate de persona o personas investigadas en el marco de un procedimiento penal y sólo excepcionalmente contra terceras personas<sup>72</sup>. Estas propuestas contienen igualmente previsiones expresas sobre la duración de las medidas de vigilancia, aunque las mismas difieren. En el ALECrím. la duración es de tres meses, sin perjuicio de que la vigilancia mediante la obtención de imágenes sea dejada sin efecto tan pronto dejen de existir los presupuestos que determinaron su adopción. Cabe en cualquier caso la prórroga de la medida, aunque esta primera propuesta no especifique la duración de la misma (art.

---

según las sentencias 187/1999, de 1 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Navarra y 621/2001, de 24 de octubre, de la Audiencia Provincial de Lleida.

<sup>72</sup> El régimen jurídico es muy similar al previsto en el § 100 h (1).1. StPO alemana relativo a la obtención de imágenes fuera del domicilio del afectado y sin su conocimiento.

319 ALECrím.)<sup>73</sup>. La posible duración de esta medida se amplía considerablemente en el BCPP (2013), ya que la misma tendrá una duración máxima de seis meses prorrogables, en este caso sí se especifica, por otros tres. Huelga decir que también en este caso la vigilancia ha de cesar cuando dejen de concurrir los presupuestos que la autorizan (art. 329.4 BCPP)<sup>74</sup>.

La medida equiparable en el ordenamiento procesal penal colombiano tiene una duración igualmente amplia, pero además con contornos bastante indeterminados. Dispone el art. 239.I CPP que “si en el lapso de un año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieran (sic) nuevos motivos”. ¿Significa esto que si se obtienen resultados puede ampliarse la duración de la medida? De ser así, ¿cuánto tiempo más?

**e. Grabación de imágenes y sonidos.** Los dispositivos de videovigilancia permiten la captación simultánea de la imagen y del sonido. El tratamiento jurídico en ambos casos no es uniforme. Si nos atenemos, por ejemplo, a lo dispuesto en la LO 4/1997, podremos comprobar que la captación de sonidos está sujeta a un régimen jurídico más estricto. Para la autorización de la instalación de dispositivos de videovigilancia mediante cámaras fijas, por ejemplo, se estima suficiente la concurrencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana (art. 6.4). En compensación, la autorización ha de contener particularmente la prohibición de captar sonidos (art. 3.4). La utilización de videocámaras móviles permite la captación conjunta de la imagen y del sonido, pero exige, sin embargo, la concurrencia de un peligro concreto para la seguridad ciudadana (art. 5.1).

---

<sup>73</sup> Art. 319.1. “La medida de vigilancia sistemática o mediante la utilización de medios técnicos de seguimiento, localización u obtención de imágenes no podrá exceder de tres meses a partir de la fecha de autorización”. Art. 319.2. “La medida será dejada sin efecto tan pronto dejen de existir los presupuestos que determinaron su adopción, o modificada, completada o prorrogada en cuanto subsistan dichos motivos y a la vista de los resultados obtenidos”.

<sup>74</sup> Art. 329.4 BCPP: “Las vigilancias sistemáticas tendrán una duración máxima de seis meses y podrán ser prorrogadas por otros tres meses cuando se justifique suficientemente su necesidad. La vigilancia deberá cesar cuando ya no concurren los presupuestos que la autorizan, se haya conseguido el objetivo propuesto, sea ya evidente que no podrá ser alcanzado, o haya transcurrido el plazo para el que fuera autorizada”.

Parece, en todo caso, que ha de diferenciarse de la mera captación de sonidos la captación de conversaciones o comunicaciones personales directas. Al respecto ha existido desde antiguo un intenso debate acerca de si las comunicaciones personales directas podrían encontrar o no cabida en el derecho al secreto de las comunicaciones personales del art. 18.3 CE<sup>75</sup>. Javier Jiménez Campo es de la opinión de que la enumeración contenida en el art. 18.3 CE acerca de las modalidades de comunicación personal merecedoras de tutela especial (“en especial”, las postales, telegráficas y telefónicas) es meramente ejemplificativa. Pero en todo caso estima que resulta preciso el empleo de un “determinado medio técnico, quedando fuera del ámbito de esta disposición (...) las conversaciones directas o `en persona’”<sup>76</sup>.

El art. 6.5 LO 4/1997 viene a otorgar una protección relevante a las conversaciones privadas, incluso a las desarrolladas en espacios públicos. Recordando su enunciado, “no se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar *conversaciones de naturaleza estrictamente privada*. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia”. Esto es, aunque la redacción del precepto no sea todo lo clara que hubiéramos deseado, ha de entenderse que la captación de conversaciones privadas puede llevarse a cabo, al igual que la captación de imágenes y sonidos del interior de las viviendas, con la correspondiente autorización judicial. En todo caso, surge una dificultad añadida a la hora de materializar la prohibición de grabar conversaciones privadas, pues dicha naturaleza no podrá determinarse sino una vez oídas dichas conversaciones, esto

---

<sup>75</sup> Vid. un resumen de las diferentes posturas en la STS 513/2010, de 2 de junio, sobre la colocación de aparatos audiovisuales en las celdas de los calabozos de la Policía.

<sup>76</sup> JIMÉNEZCAMPO, La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones, Op. cit., p. 49. También, ARZOZ SANTISTEBAN (Videovigilancia, seguridad ciudadana, Op. cit., p. 180-181) para quien dichas comunicaciones directas estarían tuteladas por el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Igualmente, MARTÍN MORALES, El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras, Op. cit., p. 1-2.

es, *a posteriori*<sup>77</sup>. Existe a nuestro entender una interpretación que permite salvar esta deficiencia en la tutela de las conversaciones privadas: considerar el aspecto formal de las conversaciones de forma similar a lo que ocurre con las comunicaciones personales del art. 18.3 CE. Es decir, al margen de entrar a considerar el contenido de las conversaciones, el carácter privado o no de las mismas vendría determinado por el comportamiento de los propios interlocutores reflejando su voluntad de mantener fuera de las intromisiones ajenas dicho contenido<sup>78</sup>.

El Anteproyecto de LECrim. establece respecto del sonido un régimen jurídico similar al contenido en la LO 4/1997<sup>79</sup>. En efecto, al igual que la captación y grabación de las actividades desarrolladas en el interior del domicilio requiere la preceptiva autorización judicial, la misma resulta igualmente exigible cuando la captación de la imagen se acompaña de la de sonido, al margen del espacio o lugar en que tenga lugar dicha utilización<sup>80</sup>. Aunque su redacción deja mucho que desear, ésta parece ser también la previsión contenida en el BCPP (art. 322) al exigir la autorización por el Tribunal de Garantías para la captación conjunta de imágenes y sonidos cuando el afectado se encuentre en un espacio o recinto públicos. Muy similares igualmente son las previsiones contenidas en ordenamientos de nuestro entorno<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Como acertadamente indica ARZOZ SANTISTEBAN, Videovigilancia, seguridad ciudadana, Op. cit., p. 177.

<sup>78</sup> No pueden equipararse las conversaciones mantenidas en voz alta rodeados de numeroso público y las llevadas a cabo en una zona apartada o alejada, pese a tratarse de un lugar público, o en voz baja, etc.

<sup>79</sup> Hay que realizar en todo caso una matización respecto de la LO 4/1997 pues en nuestra opinión hay que atribuir un significado distinto a los términos “sonidos” y “conversaciones” tal y como son empleados en dicha norma; Vid. ETXEBERIA GIURIDI, Filmaciones videográficas, Op. cit., p. 288.

<sup>80</sup> Conforme al párrafo segundo del art. 317.1 ALECrím. “Si los dispositivos de localización o de captación de la imagen han de ser utilizados de manera simultánea a la grabación de sonido, será siempre preceptiva la previa autorización judicial en los casos, con los requisitos y con los límites establecidos en el capítulo anterior, aunque las imágenes se obtengan en lugares abiertos y públicos”.

<sup>81</sup> El § 100 f (1) StPO se refiere a la medida de escucha y grabación utilizando medios técnicos de palabras emitidas por el afectado sin su conocimiento, fuera de la vivienda, pero de carácter privado (*nicht öffentlich gesprochene Wort*). Esta medida sólo procede por regla general contra el inculpaado (*Beschuldigte*) y sólo excepcionalmente contra terceros [§ 100 f (2) StPO]. Y por remisión

**B. Correcta incorporación de las grabaciones videográficas al proceso.** La eficacia procesal de las grabaciones videográficas, fundamentalmente su eficacia probatoria, está condicionada al cumplimiento de dos presupuestos esenciales. Uno está relacionado con la obtención de dichas grabaciones, cuya legitimidad dependerá de que la injerencia en los derechos fundamentales del individuo como consecuencia de las videograbaciones sea proporcionada y justificada. Nos hemos referido al respecto con mayor detalle hasta ahora. Pero junto a la legítima obtención de las grabaciones es preciso, como segundo presupuesto, que la incorporación de las mismas al acervo probatorio se haga con todas las garantías<sup>82</sup>.

El control de la corrección en la incorporación del material videográfico al proceso ha de extremarse en aquellos supuestos en que el mismo tenga un origen extraprocesal, es decir, fuera de todo control jurisdiccional. En efecto, junto a las videograbaciones ordenadas por la autoridad judicial o realizadas directamente por la propia Policía Judicial en lugares públicos y en el ejercicio de sus funciones, esto es, las videograbaciones de carácter procesal, pueden resultar útiles a los mismos efectos procesales las grabaciones que tienen otro origen. A lo largo del presente trabajo hemos dejado constancia de la infinidad de ámbitos en los que se vienen aplicando los controles por medio de videocámaras con una finalidad esencialmente preventiva y de vigilancia: prevención de la violencia en el deporte, seguridad privada, seguridad pública, etc. En la mayor parte de estas disposiciones ya se contemplan mecanismos de puesta a disposición judicial de las grabaciones que, utilizadas con fines de prevención, captan imágenes de hechos delictivos. Pero junto a las anteriores pueden tener igualmente relevancia procesal otras grabaciones cuyo origen no está motivado por necesidades de vigilancia

resulta de aplicación lo previsto en el § 100 b (1) StPO para la interceptación de comunicaciones, esto es, sólo procede en virtud de autorización judicial y, como salvedad, si concurre peligro por el retraso, en virtud de una orden de la Fiscalía. También en la CPP francesa. Su art. 706-96 condiciona a la autorización judicial la colocación de dispositivos técnicos con el objeto de captar, grabar, transmitir y archivar “palabras pronunciadas por una o más personas a título privado o confidencial, en *lugares o vehículos privados o públicos*”.

<sup>82</sup> Como indica SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. La prueba videográfica en el proceso penal. En: Videovigilancia: ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados, en particular la protección de los datos personales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 40, “la inserción en el cuadro probatorio requiere que la aportación sea respetuosa con las garantías de contradicción, inmediación, publicidad y oralidad”.

o prevención, y que nuestros tribunales han admitido como prueba. Así las videgrabaciones realizadas por medios de comunicación social en sus tareas informativas o de entretenimiento (STS 4/2005, de 19 de enero) o las grabaciones procedentes de particulares<sup>83</sup>. En la mayoría de estos supuestos la incorporación al proceso de dicho material se canaliza como prueba documental que complementa como elemento corroborador la credibilidad del testimonio de quien ha practicado dichas grabaciones (prueba testifical)<sup>84</sup>. En otros casos, las grabaciones se realizan sin que exista una persona física que las dirija (instalaciones permanentes, etc.) por lo que habrán de extremarse otro tipo de garantías en ausencia de persona con la que contrastar mediante su comparecencia en la vista el contenido de

---

<sup>83</sup> La aportación al proceso de las videgrabaciones que tienen un origen particular está sujeta, como hemos dicho, a controles complementarios posteriores. Por ejemplo, se ha de controlar que dichas grabaciones no estén orientadas a la prevención o investigación penal, es decir, que sean ocasionales. La STS 968/1998, de 17 de julio, resuelve que no supone merma de los derechos constitucionales o garantías de los justiciables el hecho de que la filmación haya sido efectuada por un particular, “con tal que quede garantizada su integridad y autenticidad, y que sea ocasional, entendiéndose por ella, la que no estando preordenada a la prevención o investigación de hechos delictivos, pueden evidenciarlos de forma casual. Y ello, porque el principio de necesidad informador del sistema procesal penal y la aspiración del proceso penal de hacer constar la verdad material no deben ser obstaculizados por el origen circunstancial de la grabación”. El fundamento de la ocasionalidad, en opinión de SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, Juan Carlos. Las video-grabaciones como prueba en el proceso penal, Op. cit., p. 25, ha de buscarse en que la función de prevención e investigación del delito corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y no a los ciudadanos. Vid. Igualmente, VELASCO NÚÑEZ, Eloy. La captación de la imagen de lugares y personas como medio de investigación penal. EL DERECHO. Grupo Francis Lefebvre. 25 de enero de 2011. [en línea] «[http://www.elderecho.com/penal/captacion-imagen-lugares-personas-investigacion\\_11\\_225805001.html](http://www.elderecho.com/penal/captacion-imagen-lugares-personas-investigacion_11_225805001.html)». [citado en doce de diciembre de 2013].

<sup>84</sup> Conviene recordar, se afirma en la STS 7/2001, de 19 de enero, “la doctrina jurisprudencial que niega la autonomía funcional de la filmación videográfica, confirmando su carácter complementario respecto del testimonio del sujeto que controla la filmación y ello porque, en definitiva, la filmación no es sino una técnica que permite “transferir” las percepciones sensoriales a un instrumento mecánico que complementa y toma constancia de lo que sucede ante los que en su día disponen como testigos”. En idéntico sentido y más recientemente la STS 597/2010, de 2 de junio, que se refiere a la “finalidad corroborativa de lo que pudieran ver los agentes policiales” considerados como testigos. También se le ha dado este tratamiento en el orden jurisdiccional social: vid. la STC 186/2000, de 10 de julio.

aquéllas<sup>85</sup>. En estos supuestos la jurisprudencia ha reconocido eficacia probatoria a estas grabaciones para desvirtuar la presunción de inocencia<sup>86</sup>.

La corrección de la incorporación está vinculada con los derechos de defensa y de contradicción y con la inmediación<sup>87</sup>. Para ello, lo más correcto sería que la incorporación del material videográfico se lleve a cabo en la fase de instrucción. De ese modo, las partes pueden examinar su contenido y plantear cualquier objeción sobre su autenticidad o formular las alegaciones que resulten pertinentes desde el punto de vista de la posición procesal de cada una de ellas<sup>88</sup>. La inmediata incorporación del material videográfico en la fase

---

<sup>85</sup> ÚBEDA DE LOS COBOS. Videgrabación y videoconferencia, Op. cit., p. 329, se refiere a la evitación de alteraciones o trucajes en las grabaciones.

<sup>86</sup> La eficacia probatoria puede ser, incluso, superior al reducirse la subjetividad, error o mendacidad del testigo. Vid. la STS 1285/1999, de 15 de septiembre: “Siendo relevantes los hechos indiciarios mencionados, es claro que el primero de los señalados adquiere especial significación a efectos de la inferencia deducida por el juzgador, y que su valor como elemento acreditativo de lo acaecido sitúa la grabación videográfica del suceso más cerca de la prueba directa que de la consideración de mero factor indiciario, en cuanto que, no cuestionada su autenticidad, la filmación se revela como una suerte de ‘testimonio mecánico y objetivo’ de un suceso, con entidad probatoria similar –o incluso, superior, al quedar excluida la subjetividad, el error o la mendacidad del testimonio personal– a la del testigo humano. Acaso por ello, la L.O.P.J. dispone en su art. 230 que podrán utilizarse en el proceso cualesquiera otros medios técnicos de documentación o reproducción siempre que ofrezcan las debidas garantías de autenticidad y, en esta línea, *cuando la película ha sido filmada por una persona, será precisa la comparecencia de ésta en el Juicio Oral en tanto que, como operador de la cámara, tuvo una percepción directa de los hechos en el mismo momento en que ocurrían. Pero este requisito no será exigible, naturalmente, en el caso de que la cinta videográfica no haya sido filmada por una persona, sino por las cámaras de seguridad de las entidades que, por prescripción legal o por iniciativa propia, disponen de esos medios técnicos que graban de manera automática las incidencias que suceden en su campo de acción. En estos casos, la propia grabación videográfica ha sido considerada por esta Sala Segunda como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia en cuanto medio técnico que recoge las imágenes de la participación del acusado en el hecho ilícito enjuiciado”.*

<sup>87</sup> STS 4/2005, de 19 de enero.

<sup>88</sup> ULL SALCEDO, María Victoria. El derecho a la intimidad como límite de la videovigilancia. *En*: Revista de Derecho Político, no. 63, 2005. p. 193-194; SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, Las video-grabaciones como prueba en el proceso penal, Op. cit., p. 32; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, La prueba videográfica, Op. cit., p. 40.

previa al juicio oral garantiza, de otra parte, la igualdad de las partes procesales, evitando incorporaciones sorprendidas en la fase de juicio oral. Ello está en consonancia con el tratamiento jurídico que las piezas de convicción reciben en dicha fase previa (STS 7/2001, de 19 de enero).

La incorporación de las grabaciones al proceso ha de realizarse garantizando su autenticidad e integridad. La autenticidad de las grabaciones se garantiza mediante la inmediata puesta a disposición judicial del material videográfico obtenido<sup>89</sup>. También mediante la aportación de las grabaciones en soporte original (para evitar manipulaciones, trucajes, etc., y poder solicitar prueba pericial en su caso)<sup>90</sup>. La integridad de las grabaciones permite seleccionar las imágenes que resulten relevantes para la causa, aunque la relevancia se determinará por la posición que ocupan las partes acusadoras y acusadas en el proceso. La intervención del Secretario Judicial en el proceso de incorporación es también esencial<sup>91</sup>.

Se trata de exigencias que la jurisprudencia de nuestros tribunales ya incorporó con ocasión de las grabaciones procedentes de intervenciones telefónicas, igual que en este caso, por la inexistencia de regulación específica al respecto. La LO 4/1997 sí contiene, en cambio, previsiones acerca del procedimiento a seguir en el caso de que las grabaciones capten imágenes constitutivas de ilícitos penales y que reflejan, a grandes rasgos, dichos criterios jurisprudenciales. En tal sentido se dispone que “realizada la filmación de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley, si la grabación captara la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de ilícitos penales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán *la cinta o soporte original* de las imágenes y sonidos *en su integridad* a disposición judicial *con la mayor inmediatez posible* y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación. De no poder redactarse el atestado en tal plazo, se relatarán verbalmente los hechos a la

---

<sup>89</sup> STS 7/2001, de 19 de enero.

<sup>90</sup> STS 7/2001, de 19 de enero. También la STS 1140/2010, de 29 de septiembre.

<sup>91</sup> La incorporación judicial de la filmación, se afirma en la STS 7/2001, de 19 de enero, “deberá efectuarse, además, con la intervención del Secretario judicial, siendo conveniente la descripción (...) de las imágenes captadas a fin de comprobar su correspondencia con los términos del atestado policial o denuncia particular, y acreditar posteriormente la integridad del material aportado a las sesiones del juicio oral”.

autoridad judicial, o al Ministerio Fiscal, junto con la entrega de la grabación<sup>92</sup>.

En todo caso, el grado de exigibilidad de los presupuestos de incorporación mencionados (integridad, originalidad e inmediata puesta a disposición judicial) en garantía de la autenticidad del material y la contradicción entre las partes, ha sido objeto de modulación por nuestros tribunales. La intensidad en la exigencia dependerá en gran medida de la procedencia u origen de las grabaciones, pues no pueden equipararse las obligaciones derivadas del ejercicio de sus funciones por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las actuaciones de personas particulares o pertenecientes a medios de comunicación o a entramados empresariales.

La STS 1154/2011, de 12 enero, trata de llenar esta cuestión al plantear los recurrentes en casación que las grabaciones aportadas a la causa no cumplían las exigencias de incorporación al proceso que estamos comentando. Alegan los recurrentes, por ejemplo, que las grabaciones no han sido puestas a disposición judicial en los plazos relativamente breves a los que se refiere la jurisprudencia. Conviene aclarar previamente que las grabaciones procedían de un informador gráfico de una cadena de televisión. Este dato resulta trascendental. Reconoce sobre este punto el Tribunal Supremo que “efectivamente es preferible que las grabaciones videográficas sean puestas cuanto antes a disposición de la autoridad judicial, el transcurso del tiempo

---

<sup>92</sup> Por ejemplo, el Reglamento de desarrollo de la Ley 23/1992 de seguridad privada (el RD 2364/1994, de 9 de diciembre) en relación con la instalación de dispositivos y sistemas de seguridad y protección en bancos, cajas de ahorro y demás entidades de crédito, dispone que “Los soportes destinados a la grabación de imágenes han de estar protegidos contra robo, y la entidad de ahorro o de crédito deberá conservar los soportes con las imágenes grabadas durante quince días al menos desde la fecha de la grabación, en que estarán exclusivamente a disposición de las autoridades judiciales y de las dependencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a las que facilitarán *inmediatamente* aquellas que se refieran a la comisión de hechos delictivos” (art. 120.1.a). También, la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, dispone en su Disposición Adicional 6ª que “Las imágenes captadas por dichos dispositivos serán tratadas únicamente por el Coordinador de Seguridad, que las transmitirá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o a las autoridades competentes únicamente en caso de apreciarse en las mismas la existencia de alguna de las conductas previstas en los apartados primero y segundo del artículo 2 de esta Ley, a fin de que se incorporen al procedimiento judicial o administrativo correspondiente”.

no es un elemento que prive de valor de forma absoluta a tales grabaciones. La razón de la celeridad en la aportación se explica, cuando el autor de las grabaciones es la Policía, por la obligación que le incumbe de informar al Juez, en los términos marcados por la Ley, de la integridad de los resultados de su investigación preliminar. De otro lado, y aunque es claro que las grabaciones realizadas por terceros solo se aportarán tras conocer su existencia y reclamarlas después de valorar su posible trascendencia respecto de los hechos investigados, la inmediata aportación se encamina a disminuir las posibilidades de manipulación del material, de manera que el retraso en la entrega pudiera conducir a hacer recomendable una mayor verificación de su autenticidad mediante su confrontación con otras pruebas y, en su caso, de ser así solicitado o de oficio en caso de que existan dudas razonables por parte del Juez instructor, mediante los exámenes técnicos que permitan garantizar la ausencia de alteraciones significativas”.

La procedencia de las filmaciones resulta igualmente determinante a la hora de analizar su autenticidad e integridad. Sobre este punto afirma la misma sentencia en lo que se refiere a la integridad de la grabación “que en algunas sentencias se ha exigido que lo grabado se remita en su totalidad. Especialmente se exige cuando se trate de grabaciones efectuadas por la Policía en su investigación que, es claro, debe ser comunicada en su totalidad al Juez. Sin embargo, no se trata de una exigencia meramente formal, sino que se justifica en el sentido de garantizar a la defensa la posibilidad de utilizar todo el contenido de la grabación para sostener una interpretación y valoración distinta de lo grabado, lo cual debe ponerse en relación con aquellos aspectos respecto de los cuales la grabación puede ser tenida en cuenta como elemento probatorio”<sup>93</sup>.

Por último, para que la incorporación del material probatorio al proceso pueda ser calificada de correcta por respetar los principios procesales de contradicción e igualdad y los principios procedimentales de inmediación y publicidad, es preciso proceder

---

<sup>93</sup> De otro lado, añade la STS 1154/2011, de 12 de enero, que “en ningún momento fue solicitado por la defensa el examen de las grabaciones íntegras, con la posible finalidad de verificar si en ellas se contenía algo de su interés. Tampoco solicitó su aportación. Es cierto, como argumenta, que no le corresponde proporcionar pruebas de cargo, ni tampoco la sanación de las aportadas por la acusación. Pero si pretendía utilizar como elemento de defensa parte de la grabación, hasta entonces no aportada, debió solicitarla”.

al visionado del mismo en el acto del juicio oral<sup>94</sup>. Sobre este punto se recoge en la STS 7/2001, de 19 de enero, que “la eficacia probatoria de la filmación videográfica está subordinada a dicha visualización en el acto del juicio oral, lo que constituye una *conditio sine qua non* de eficacia procesal, deducible tanto de la salvaguardia de los principios procesales (contradicción e igualdad) y procedimentales (inmediación y publicidad) como de la más estricta consideración del material videográfico como pieza de convicción, en este sentido se pronuncian las SSTS 6-5-1993; 6-4-1994; 21-5-1994; 18-12-1995; 27-2-1996; 17-7-1998 que exigen que el material videográfico haya sido visionado en el plenario con todas las garantías procesales”<sup>95</sup>.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, Francisco. Filmaciones videográficas: apuntes jurisprudenciales. En: Diario La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, no. 6, 1999. p. 1819-1822.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier. Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2010.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA. Sentencia de 10 de enero de 1995.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA. Sentencia 621 de 24 de octubre de 2001.

---

<sup>94</sup> SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, Las videgrabaciones como prueba en el proceso penal, Op. cit., p. 32. Mediante la visualización íntegra de las cintas originales se estaría dando cumplimiento a la supletoriedad de la LEC cuyas previsiones (en este caso el art. 382.1 LEC) han de prevalecer sobre este punto sobre los criterios jurisprudenciales, vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, Omisiones y recelos del legislador procesal, Op. cit, p. 7.

<sup>95</sup> También en la STS de 28 de febrero de 1995 (recurso núm. 2454/1994, ponente Martínez-Pereda Rodríguez): “El Tribunal de instancia estimó como pruebas suficientes para dictar una sentencia condenatoria, la utilización de una cinta de video como prueba de cargo, pero ni se propuso como prueba por el Ministerio Fiscal [única parte acusadora], ni se verificó su visionado en el plenario y así, tal prueba no solicitada por ninguna de las partes, ni aportada en el juicio oral con los principios de contradicción, publicidad, e inmediación, no puede tomarse en cuenta y su introducción sorpresiva en la sentencia conculca los derechos de defensa y de tutela judicial efectiva”. Y en la STS 461/1994, de 11 de febrero: “el material ‘fotográfico’ y ‘videográfico’, obtenido sin vulneración de los derechos fundamentales, tiene un innegable valor probatorio de carácter ‘documental’, siempre que sea reproducido en las sesiones del juicio oral, con juego de los principios de publicidad, concentración e inmediación y muy específicamente, de contradicción y defensa”. También las SSTS 1733/2002, de 14 de octubre; 354/2003, de 13 de marzo.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA. Sentencia 187 de 1 de septiembre 1999.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA. Sentencia de 17 de mayo de 2003.

BAUZÁ MARTORELL, Felio José. Régimen jurídico de la videovigilancia. Madrid: Marcial Pons, 2004.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. Omisiones y recelos del legislador procesal ante los medios de prueba tecnológicos. En: Diario La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, no. 6158, 2004. p. 1-9.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. El sistema jurisdiccional europeo de protección de los derechos humanos: la Comisión y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos. En: Poder Judicial no. Extraordinario 6. Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas. Madrid: Ministerio de Justicia, 1989. p. 247-264.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se regula la obtención de imágenes y sonidos en lugares públicos y su tratamiento. En: Boletín de Información, CGPJ, no. 131, 1996. p. 80-94.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA. Sentencia T-034/95, de 6 de febrero.

DE LA IGLESIA CHAMORRO, Alicia. Las comisiones de garantías de la videovigilancia. En: Revista de Derecho Político, no. 68, Madrid: UNED, 2007. p. 213-246.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. Publicidad y secreto en la Constitución. En: Cuadernos de Derecho Judicial, no. 25. Acceso judicial a la obtención de datos. Madrid: Ministerio de Justicia, 1997. p. 43-62.

DZENDZALOWSKI, Horst. Die körperliche Untersuchungen. Eine strafprozessual-kriminalistische Untersuchung zu den §§ 81a und 81c StPO. Lübeck: Max Schmidt-Römhild, 1971.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. La Comisión de Videovigilancia y Libertades del País Vasco: funciones y experiencias. En: ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (Coords.). Videovigilancia: ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 107-142.

----- Videovigilancia y el derecho a la protección de los datos de carácter personal. En: Revista Vasca de Administración Pública, no. 76, 2006. p. 125-201.

-----. La previsión legal y las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales. En: Diario La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, no. 4919, 1999. p. 1-9.

-----. Filmaciones videográficas, derechos fundamentales afectados y su eficacia probatoria. En: SOROETA LICERAS, Juan (ed.). Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. II. Bilbao: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 2000. p. 254-305.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Infiltración policial y “agente encubierto”. Granada: Editorial Comares, 2001.

GENTZ, Manfred. Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen. En: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), no. 35, 1968. p. 1600-1625.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid: Colex, 1990.

GONZÁLEZ URDÍNGUIO Ana; GONZÁLEZ GUTIÉRREZ DE LEÓN, María Almudena. La videovigilancia en el sistema democrático español: Análisis y crítica de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, no. 89, 1998. p. 105-124.

GOÑI SEIN, José Luis. La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales. Cizur Menor (Navarra): Thomson/Civitas, 2007.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. En: Revista Española de Derecho Constitucional, no. 20, 1987. p. 35-82.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Instituciones de Derecho Procesal Penal. Madrid: Akal, 1999.

MAGRO SERVET, Vicente. Consideraciones sobre la nueva ley que regula la utilización de las videocámaras por las fuerzas de seguridad en lugares públicos. En: Poder Judicial, no. 46, 1997. p. 277-298.

MARTÍN MORALES, Ricardo. El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta. En: Diario La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 2004, no. 6079. p. 1718-1725.

MEDINA GUERRERO, Manuel. La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales. Madrid: Mc Graw-Hill, 1996.

NAVAS AMORES, Jesús. La videovigilancia desde la perspectiva del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, no. 2, 1997. p. 265-270.

PEDRÁZ PENALVA, Ernesto. Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad. En: II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. La reforma del proceso penal. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1989. p. 321-385.

------. Sobre la crisis de la Justicia. En: Poder Judicial, no. 10. Crisis de la Justicia y reformas procesales. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Madrid: Ministerio de justicia, 1988. p. 35-64.

------. La utilización en el proceso penal de datos personales recopilados sin indicios de comisión delictiva. En: PEDRAZ PENALVA, Ernesto (Coord.). Protección de datos y proceso penal. Madrid: La Ley. Grupo Wolters Kluwer, 2010. p. 17-52.

------. y ORTEGA BENITO, Victoria. El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas. En: Poder Judicial, no. 17, 1990. p. 69-100.

PÉREZ GIL, Julio y GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José. La videovigilancia como diligencia de recogida de datos de carácter personal: una reflexión sobre sus repercusiones procesales. En: ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco y ORDEÑANA GEZURAPA, Ixusko (coord.). Videovigilancia. Ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En especial la protección de datos personales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 291-332.

REQUERO IBÁÑEZ, José Luis. Aspectos administrativos de la videovigilancia (Comentarios al Proyecto de Ley Orgánica de Utilización de Videocámaras por las FCSE en Lugares Públicos). En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, vol. 9, no. 1, 1997. p. 25-50.

REY HUIDOBRO, Luis Fernando. El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo. Videovigilancia y libertad: Cámaras en la calle. En: Iuris: Actualidad y práctica del derecho, no. 7, 1997. p. 29-33.

------. Videocámaras y proceso penal. En: Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya, no. 9, 1998. p. 73-86.

RUIZ-JARABO y COLOMER, Dámaso. Los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas. En: Poder Judicial no. Extraordinario 6. Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas. Madrid: Ministerio de Justicia, 1989. p. 159-184.

RUPP, Hans Heinrich. Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit. En: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), no. 30, 1969. p. 1273-1278.

SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel. El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal. En: Diario La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, no. 4, 1994. p. 1114-1124.

SCHÄFER, Karl y HANACK, Ernst-Walter. Strafprozessrecht. Eine Einführung. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1976.

SEISDEDOS MUIÑO, Ana. 1807, Sentencia de 2 de julio de 2004: Derecho a la propia imagen y a la intimidad: grabaciones videográficas efectuadas durante varios meses recogiendo la entrada a la vivienda de la demandante. No se aprecia vulneración de tales derechos. En: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, no. 67, 2005. p. 423-432.

SENÉS MOTILLA, María del Carmen. Cámaras de control y filmación de las vías públicas, redadas y controles policiales. En: Cuadernos de Derecho Judicial. Medidas restrictivas de derechos fundamentales. no. 12, 1996, p. 267-320.

SOROETA LICERAS, Juan (ed.). Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Vol. II, Bilbao: Universidad del País Vasco, 2000.

SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, Juan Carlos. Las videograbaciones como prueba en el proceso penal. En: Boletín del Ministerio de Justicia, no. 2024, 2006. p. 4515-4543.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. La prueba video-gráfica en el proceso penal. En: ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco; ORDENANA GEZURAGA, Ixusko (Coords.). Videovigilancia: ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 17-44.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC). STC 197 de 17 de octubre de 1991.

----- STC 66 de 8 de mayo de 1995.

----- STC 55 de 28 de marzo de 1996.

----- STC 207 de 16 de diciembre de 1996.

----- STC 234 de 18 de diciembre de 1997.

----- STC 37 de 17 de febrero de 1998.

----- STC 231 de 2 de diciembre de 1998.

----- STC 49 de cinco de abril de 1999.

----- STC 98 de 10 de abril de 2000.

----- STC 186 de 10 de julio de 2000.

- . STC 292 de 30 de noviembre de 2000.
- . STC 70 de 3 de abril de 2002.
- . STC 196 de 30 de noviembre de 2004.
- . STC 25 de 14 de febrero de 2005.
- . STC 206 de 24 de septiembre de 2007.
- . STC 186 de 10 de julio de 2000.
- . STC 70 de 18 de octubre de 2010.
- . STC 25 de 14 de marzo de 2011.
- . STC 1074 de 18 de octubre de 2011.
- . ATC 176/2007, de 1 de marzo.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). Sentencias: caso X e Y, de 26 de marzo de 1985.

- . Silver y otros c. Reino Unido, de 25 de marzo de 1983.
- . Malone c. Reino Unido, de 2 de agosto de 1984.
- . Caso Leander, de 26 de marzo de 1987.
- . Müller y otros c. Suiza, de 24 de mayo de 1988.
- . Caso Gaskin, de 7 de julio de 1989.
- . Huvig y Kruslin c. Francia, ambas de 24 de abril de 1990.
- . Caso Funke, de 25 de febrero de 1993.
- . Caso Z, de 25 de febrero de 1997.
- . Valenzuela Contreras c. España, de 30 de julio de 1998.
- . Peck c. Reino Unido, de 28 de enero de 2003.
- . Wisse c. Francia, de 20 de diciembre de 2003.

TRIBUNAL SUPREMO (TS). STS 461 de 11 de febrero de 1994.

- . STS 2828 de 6 de mayo de 1993.
- . STS 1171 de 6 de abril de 1994.
- . STS 1504 de 21 de mayo de 1994.

- . STS de 28 de febrero de 1995.
- . STS 6432 de 18 de diciembre de 1995.
- . STS 1220 de 27 de febrero de 1996.
- . STS 453 de 15 abril de 1997.
- . STS 620 de 5 de mayo de 1997.
- . STS 1285 de 15 de septiembre de 1999.
- . STS 828 de 19 mayo de 1999.
- . STS 1733 de 14 de octubre de 2002.
- . STS 354 de 13 de marzo de 2003.
- . STS 4734 de 2 de julio de 2004.
- . STS 4 de 19 de enero de 2005.
- . STS 299 de 17 de marzo de 2006.
- . STS 597 de 2 de junio de 2010.
- . STS 1140 de 29 de septiembre de 2010.
- . STS 1154 de 12 de enero de 2011.

ÚBEDA DE LOS COBOS, Julio José. Videograbación y videoconferencia. En: Cuadernos de Derecho Judicial. Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia, no. 2, 2007. p. 301-354.

ULL SALCEDO, María Victoria. El derecho a la intimidad como límite de la videovigilancia. En: Revista de Derecho Político, no. 63. Madrid: UNED, 2005. p. 177-202.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. La captación de la imagen de lugares y personas como medio de investigación penal. EL DERECHO. Grupo Francis Lefebvre. 25 de enero de 2011. [en línea] «[http://www.elderecho.com/penal/captacion-imagen-lugares-personas-investigacion\\_11\\_225805001.html](http://www.elderecho.com/penal/captacion-imagen-lugares-personas-investigacion_11_225805001.html)». [citado en doce de diciembre de 2013].

VERNY, Édouard M. Des sonorisations et des fixations d'images décidées par le juge d'instruction. En: Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal, no. 4, 2004. p. 777-786.

VISLUMBRANDO LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA EN 1950,  
DESDE LA CONCEPCIÓN NATURALISTA DEL DELITO  
DE LUIS CARLOS PÉREZ

RAMIRO LÓPEZ CABRERA\*

RESUMEN

El trabajo hace un estudio sobre las bases del pensamiento criminológico de los años cincuenta en Colombia; al efecto, el autor examina los planteamientos contenidos en el libro “Criminología. La nueva concepción naturalista del delito”, escrito por el criminólogo y gran estudioso del Derecho penal Luis Carlos Pérez quien, en ese momento, sufrió un marcado influjo de la obra de Cesare Lombroso, cultor del positivismo criminológico en Italia, que mucho tuvo que ver en el desarrollo de esa disciplina durante la primera mitad del siglo XX; el expositor nacional, a pesar de su punto de partida positivista, logra echar las bases de lo que luego se conocerá como Criminología crítica.

PALABRAS CLAVE

Criminología, positivismo criminológico, criminología positivista, criminología crítica, sociología criminal, concepción naturalista del delito, positivismo francés, antropología criminal, hombre delincuente.

**I. PLANTEO DE LA INVESTIGACIÓN**

**A. Delimitación cronológica.** El momento histórico de esta investigación se fija en el año de 1950, época en la cual Luis Carlos Pérez publica

---

\* Magister y Especialista de la Universidad Complutense de Madrid (España), Especialista de la Universidad Externado de Colombia y de la Universidad Católica de Colombia; Profesor de Criminología y Derecho Procesal Penal de la Universidad del Cauca, Colombia. Estudiante Regular del Doctorado en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires.

su libro “Criminología. La nueva concepción naturalista del delito”, que corresponde con el positivismo criminológico de la época, liderado por la figura cumbre de esta Escuela de pensamiento, el médico y psiquiatra veronés Cesare Lombroso.

Si bien es cierto que la obra del autor italiano nace en la segunda mitad del siglo XIX, ella generó notable influencia en el estudio criminológico en la primera mitad del siglo XX, lo que debe ser muy tenido en cuenta en la medida en que inspiró a los estudiosos del momento entre los cuales se contó a Pérez, a tal punto que este notable autor italiano sería el centro de su obra, publicada en 1950. Esta construcción académica se desarrolló, en esencia, en el mundo del Derecho penal y llegó hasta 1989; desde luego, en apartes de su producción científica posterior al momento investigado, saldría a flote su pensamiento criminológico, lo cual hace viable realizar comparaciones con su trabajo de entonces.

Así las cosas esta investigación, pese a que se remite a los años cincuenta del siglo pasado, hace las necesarias conexiones con la segunda mitad del siglo XIX antes nombradas, a cuyo efecto realiza las proyecciones de los años posteriores al hecho investigado buscando, de esta manera, abordar la labor crítica que demanda la reconstrucción del estudio historiográfico.

**B. Delimitación espacial.** Está dada por el suelo colombiano. No se debe perder de vista que la obra criminológica del autor en estudio influyó, notablemente, en varios países latinoamericanos y le valió diversos viajes a Europa donde él pudo presentar sus investigaciones; por ello, este estudioso se tornó en un referente obligado de la criminología positivista elaborada en Latinoamérica en la primera mitad del siglo XX.

**C. Delimitación temática.** Pese a que la obra del académico en estudio es vasta en el campo del Derecho penal, la indagación nos acerca al criminólogo y al estudioso que lanza un libro de criminología positivista en 1950; tampoco, se deben desconocer sus grandes aportaciones en los campos de la judicatura, la docencia y la política. Además, la criminología positivista entendida y escrita por él, el repudio posterior que le generó la misma y sus reflexiones posteriores, marcan el límite temático de esta investigación.

**D. Fuentes empleadas.** Para la realización de esta incursión académica se utilizaron en esencia las siguientes fuentes:

1. La principal *fuerza directa de tipo contemporáneo*<sup>1</sup> es el libro “Criminología. La nueva concepción naturalista del delito”, publicado por Universidad Nacional de Colombia en 1950.

2. Son *fuerza directa posterior*, las entrevistas charlas y conversaciones realizadas con los Doctores Alfredo Pérez Herrera, Alfredo Casas y Jesús Alberto Gómez Gómez, quienes conocieron al autor y vivenciaron lo sucedido en los años cincuenta.

3. Como *fuerzas directas posteriores*, deben tenerse el “Manual de Derecho penal”<sup>2</sup> publicado en 1977 y el libro “Derecho penal”, Tomo I, aparecido en 1987<sup>3</sup>.

4. Como *fuerzas indirectas o mediatas*, han de tenerse las reseñas realizadas por los criminólogos Alfonso Reyes Echandía, Carlos Alberto Elbert y Eugenio Raúl Zaffaroni, quienes en sus trabajos se ocupan del libro de Criminología del Profesor Pérez.

**E. Hipótesis de trabajo y cuestiones planteadas.** Se cuenta que, invitado como conferencista a la Universidad del Cauca –Paraninfo Francisco José Caldas–, en alguna oportunidad, el Profesor Pérez preguntó a los asistentes: “¿Ustedes tienen mi libro de Criminología?”, a lo cual en coro le respondieron que sí, que lo tenían, que lo habían comprado y estudiado; el Maestro, sin embargo, les respondió: “Entonces quémenlo”. Por supuesto, cabe preguntar: ¿por qué un jurista tan importante escribe un libro exitoso de criminología positivista y luego lo desecha, descalificándolo? Este es el interrogante estructurado como problema de investigación y que dio origen a este escrito.

Mi recorrido comenzó cuando en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca, entre anaqueles olvidados, encontré el viejo texto del connotado jurista colombiano<sup>4</sup>, que vio la luz hace 64 años y marcó un hito en su momento cuando se tornó en texto de consulta obligada entre los estudiosos de la criminología positivista nacional y latinoamericana de entonces; el solo hallazgo era, en sí mismo, una ganancia. Por ello, procedí a entrevistar al Dr.

<sup>1</sup> Se utiliza la nomenclatura de RABINOVICH, Ricardo. Un viaje por la Historia del Derecho. Buenos Aires: Editorial Quórum, 2007. p. 71.

<sup>2</sup> PÉREZ, Luis Carlos. Manual de Derecho Penal. Bogotá: Editorial Temis, 1977.

<sup>3</sup> PÉREZ, Luis Carlos. Derecho Penal, Tomo I. Bogotá: Editorial Temis, 1987.

<sup>4</sup> PÉREZ, Luis Carlos. Criminología. La Nueva Concepción Naturalista del Delito. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1950.

Alfredo Pérez Herrera, sobrino vivo del referido Luis Carlos Pérez, al Dr. Alfredo Casas –quien lo conoció y fue compañero de docencia del maestro en la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca–; y al profesor y magistrado, Jesús Alberto Gómez Gómez. Estas fuentes humanas, fueron las que me relataron de viva voz el episodio del cual se acaba de dar cuenta en el párrafo anterior<sup>5</sup>.

La mencionada información, además de desconcertarme, me puso en alerta; por ello, me di a la tarea de investigar las razones por las cuales una obra exitosa, que lleva al reconocimiento del autor y le permitió dictar múltiples conferencias en diversos lugares, fue repudiada y descalificada por el mismo de una forma tan vertical. Pronto, esta pesquisa empezó a encajar en lo expresado por el Profesor Rabinovich sobre la llegada del positivismo al derecho de la mano de Lombroso y, además, me permitió utilizar el libro Pérez como una ventana a través de la cual se puede ver, hoy, a lo largo del tiempo, la forma como se vivió en Colombia la llegada del positivismo al Derecho penal; así mismo, ella permite apreciar la manera como se asimiló la obra de Lombroso y cómo su autor vivenció este momento.

Se busca, pues, proyectar el hecho histórico a nuestros días, con las verdades y desaciertos del momento, a cuyos efectos es necesario valerse de la investigación histórica como un proceso que examina, sistemáticamente, los acontecimientos pasados para ahondar en lo sucedido, por lo cual requiere de una interpretación de los hechos históricos e intenta recuperar los matices, las personalidades y las ideas que influyeron en los eventos estudiados. Se busca comprender los acontecimientos pretéritos, entre otras razones para identificar las relaciones que el pasado tiene con el presente, buscando darle a los hechos de entonces una mejor perspectiva; en este caso, para registrar y evaluar los logros que, como científico y académico, alcanzó el estudioso mencionado en el ámbito del saber criminológico.

*F. Problema de Investigación.* Acorde con lo ya expresado, se trataba de precisar por qué un estudioso del derecho escribe un libro exitoso de criminología positivista y luego lo desecha, descalificándolo.

---

<sup>5</sup> Los entrevistados son coincidentes en la ocurrencia del episodio, pero no precisan la fecha exacta de la conferencia, máxime si se tiene en cuenta que Pérez ejerció la docencia en la Universidad del Cauca, en su Facultad de Derecho, y allí realizó muchas intervenciones, charlas y conferencias.

**G. Hipótesis de trabajo.** El autor sucumbió al fenómeno positivista criminológico del momento, pero su compromiso ideológico de humanista y de hombre de izquierda le permitió vislumbrar, en 1950, lo que luego se llamaría el movimiento de la Criminología Crítica.

## **II. DESARROLLO. EL MOMENTO DE LA RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA**

Para poder entender por qué Luis Carlos Pérez repudió su exitoso libro de criminología positivista, hay que proceder a realizar una reconstrucción histórica crítica que nos permita responder a la pregunta que envuelve el problema de investigación planteado. Para ello, no basta con la simple evocación del momento histórico antes citado, donde el autor instaba a quemar su libro, hay que ahondar en las causas y consecuencias que rodearon el acontecimiento.

**A. ¿Quién fue Luis Carlos Pérez Velasco?** A él se le recuerda como gran humanista, rebelde, inconforme y maestro. Como el docente que siempre fue. Vocación que lo acompañó durante toda su vida, su dedicación y constancia al mundo académico fue el rasgo más fiel que marcó su personalidad. Su vida profesional fue valorada de la siguiente forma: “en el ambiente de los penalistas de la América Española, uno de los prestigiosos más sólidos es el del colombiano Luis Carlos Pérez”<sup>6</sup> y considerado por Filippo Grispigni<sup>7</sup> como “lo más alto en criminología latinoamericana”<sup>8</sup>.

Nació en la Sierra, un municipio ubicado al sur oeste de la capital del departamento del Cauca, Colombia; a sus 15 años ya ejercía la docencia en el Municipio de Puerto Tejada en el Cauca en una modesta escuela, con estudiantes que tenían incluso más edad que él. En 1941, obtiene su título como abogado en la Facultad de Derecho de Universidad del Cauca, emprendiendo casi de inmediato su vida profesional como abogado penalista. Concejal de Popayán, Secretario de Hacienda del departamento del Cauca, Magistrado de la Sala Penal de la Corte suprema de Justicia, en donde generó importantes aportes doctrinarios al Derecho penal

<sup>6</sup> GONZÁLEZ MOSQUERA, Guillermo Alberto. Luis Carlos Pérez. [en línea] «<http://popayanincorporation.org/1137.htm>»; son palabras que el autor del texto atribuye a Bernardo Restrepo Maya.

<sup>7</sup> Jurista Italiano (Viterbo 1884 - Roma 1955); Profesor de derecho penal de las escuelas de Camerino, Cagliari, Milano y Roma; fué, junto E. Florian, uno de los mayores exponentes de la Escuela Positiva de criminología italiana.

<sup>8</sup> GONZÁLEZ MOSQUERA, Op. cit. nota 6.

colombiano, Procurador Delegado en lo Penal ante esa misma Corporación. Hombre de izquierda, sus aseveraciones eran siempre contundentes y con frecuencia despertaron agudas polémicas, con un marcado compromiso ideológico que informó su obra jurídica. En 1948, en el Ecuador, contrajo matrimonio con la poetisa caucana Matilde Espinosa, quien sería su compañera de vida; murió en Bogotá a finales de enero de 1998, a los 85 años.

En su militancia política se definió a sí mismo como “un rebelde dispuesto a afrontar su contingente personal al desarrollo de la iniciativa de unir a los inconformes”<sup>9</sup>. Sus primeras intervenciones políticas las hizo en los sectores liberales en cuya representación llegó a la Cámara de Representantes en 1945. Se pensó en su nombre como candidato de las izquierdas colombianas a la Presidencia de la República, pero condicionó su aceptación a la necesaria unificación de todos los sectores para poder conformar así un frente único, lo cual no fue posible y tal aspiración se hizo inviable. Su férrea personalidad se evidencia en una de sus públicas intervenciones:

El interés por las ciencias integradas del crimen se debe a la trascendencia que para mí tiene el hombre, por sobre todas las riquezas y todos los principios. El autor de un delito es uno de nosotros e indica cómo se encuentra nuestra armadura personal y las fallas de la organización colectiva. Se mueve, como nosotros, dentro de tres nociones cuyo alcance no siempre previene: la ley, el juez, la cárcel. He aquí, para el criminalista, los tres motivos de un drama que por desgracia convoca escasos auditores. El ruido del mercadeo, la urgencia de notoriedad y el choque de las influencias, impiden informaciones originales sobre estos tres elementos que precipitan y concretan doctrinas, la consistencia de los sistemas y el país donde se actúa, siempre se encontrarán estas surgentes con cauda de confusión y divisiones, pues no se tratan de simples metodologías sino de auténticas concepciones políticas. Todo examen sobre el derecho y la naturaleza del hombre y de los grupos regresa a esos temas centrales, sin que ningún rodeo dialéctico logre evitarlos<sup>10</sup>.

Participó activamente en la elaboración de los discursos de Jorge Eliécer Gaitán, en especial en la antepenúltima de sus intervenciones

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*

<sup>10</sup> PÉREZ, Luis Carlos. Gracias Popayán. [en línea]. «<http://pachajoa.zymichost.com/per4.htm>». El texto se corresponde con una intervención del autor en el Paraninfo de la Universidad del Cauca, el día seis de diciembre de 1969; fue suministrado por el Señor Jorge Alonso Aragón Sarria al Señor Julián Pérez Herrera.

y, como es natural, se vio inmerso en los acontecimientos suscitados posteriormente con la muerte del caudillo, su esposa Matilde Espinosa fue testigo de este doloroso incidente:

El 9 de abril el humanista e izquierdista abogado fue perseguido y después terminó preso mientras que Matilde sufría pensando en que los iban a tirar al Salto del Tequendama como se decía que hacían en esa época. Luis Carlos Pérez se convirtió en el defensor por la parte civil contra el Estado por la muerte de Gaitán<sup>11</sup>.

Fue Rector de la Universidad Nacional en el período presidencial de Alfonso López Michelsen; realizó su labor docente en las Universidades Libre, Nacional de Bogotá, del Cauca en su Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, y en la de La Habana (Cuba). Luis Carlos Pérez entregó en todos y cada uno de los actos de su vida su visión humanista de hombre de izquierda, polémico, comprometido con las causas sociales, rebelde, inconforme con el *statu quo*, vocero de los más carenciados y dispuesto a asumir las consecuencias de sus férreas convicciones sociales políticas y jurídicas. Estas características influirían notablemente en toda su obra académica, en especial en su Criminología.

**B. Cronología de su trabajo académico y distinciones.** Su vasta obra podría enunciarse en apretada brevedad, de la siguiente manera:

„Nuevas bases del derecho criminal”, 1947<sup>12</sup>.

“Los delitos políticos”, 1948.

„Criminología”, 1950.

“El delito de propaganda Bélica”, 1951.

“El pensamiento filosófico de Jorge Eliécer Gaitán”, 1954.

„Derecho penal colombiano”, cuatro volúmenes 1956.

---

<sup>11</sup> MARTÍNEZMAHECHA, Fernán. La poeta desnuda. En: Revista DINERS. [en línea]. <<http://www.revistadiners.com.co/nuevo/interna.php?idn=200&idm=4>>. También: Rememoranza de Matilde Espinosa. [en línea]. <<http://www.rengloneszurdos.com/2011/07/rememoranza-de-matilde-espinosa.html>>.

<sup>12</sup> Este trabajo –que se intitula como Curso completo de Derecho Criminal y Sociología Criminal, con referencias a la legislación y a la realidad social colombianas, editada por Distribuidora Americana de Publicaciones, Ltda., Bogotá, 1947–, es muy importante porque echa tanto las bases de la Criminología como las de su concepción jurídico penal, que desarrollará hasta el final de su vida.

“Bases para el Derecho de integración andina”, 1974.

“Manual de Derecho penal”, 1977.

„Tratado de Derecho criminal“, cinco volúmenes, 1978.

“Práctica Jurídico-Penal: Estudios Sobre Casos Concretos”, 1981.

“La guerrilla ante los jueces militares”, 1987.

“Derecho penal: partes general y especial”, 1989.

Por su libro “El Delito de Propaganda Bélica”, obtuvo en 1951 el Premio Internacional de La Paz.

C. *La publicación del libro en 1950.* Según expresó el autor, “Este libro está dedicado a los hombres que sean verdaderamente nuevos en Colombia y ojalá en América; a los que ven más allá de las miserias presentes; a los que intuyen un alba escondida tras la montaña del perjuicio y la tradicional mentira; a los que, dotados de generosos empeños, no sólo satisfagan su ideal en la especulación libresca, sino que aspiran a la transformación colectiva; a los que entiendan que hay muchas barreras que deben ser derribadas y que hay algo a seguir y cultivar más allá del circuito retórico: la ciencia experimental, guía y servidora, liberadora y libre”<sup>13</sup>. Esta obra exitosa que, como ya se dijo, llevó a Pérez como conferencista por varios países de Latinoamérica y Europa, contenía sus experiencias de la cátedra de Sociología Criminal impartida en el Instituto de Especialización en Ciencias Jurídico Criminales de la Universidad Nacional de Colombia, con independencia de que el nombre de la cátedra estuviese ligado a Enrico Ferri, creador de la sociología criminal<sup>14</sup> cuando, en 1884, publicó su obra. Además, el texto recoge las disertaciones de Auguste Comte a quien señala como el creador del positivismo y de la sociología; además, aclara que la Sociología criminal no tenía las infinitas dimensiones que consideraba su fundador.

El libro recoge la discusión de la época, en la cual se quería considerar al Derecho penal como un capítulo del estudio criminológico, o, en palabras de Ferri, un capítulo de la Sociología criminal, lo

<sup>13</sup> PÉREZ, Op. cit., nota 4, p. IV; el aparte es tomado de la “Introducción”, fechada el 20 de octubre de 1950.

<sup>14</sup> GARCÍA HERREROS T., Mario. Los fundamentos de la Sociología Criminal. En: Revista Trimestral de Cultura Moderna, no. 1 (octubre). Bogotá: Universidad Nacional, 1944. p. 183-199.

que para Pérez es una confusión, razón por la cual se inclina a explicar la relación que existe entre las dos ciencias, sin que una dependa necesariamente de la otra. Enfrenta a los adversarios que en ese momento tenía el positivismo jurídico criminal; combate estos ataques con las ideas del idealismo subjetivo, derivado de la filosofía neokantiana al integrarse al Derecho penal. Y concluye que, más que una filosofía de la conducta, debe investigarse una ciencia de la conducta cuya utilización es viable en las aulas pero inútil e inoperante en las salas de audiencia.

Acuña la *concepción naturalista del delito*, lo cual lo ubica en un naturalismo enraizado en la dialéctica de la naturaleza y de la existencia social, aunque no mecanicista, que solo explica los fenómenos por el influjo de la causalidad aparente. Frente al origen del delito no se queda en el escenario meramente descriptivo, avanza con firmeza frente al cambio del sistema económico y político para lograr así la solución, lo cual explica el repudio posterior con su obra criminológica. En igual sentido, descarta la génesis del crimen en aspectos indemostrables como el caso de los empeños maléficos, la predisposición al delito o los instintos luciferinos.

Como solución a la problemática investigada señala que prescindir de la discriminación es eliminar en buena parte el rendimiento delictivo, con lo cual muestra su vocación por lo social y su compromiso con el cambio del modelo político y jurídico de su época. Por ello, cuando en 1950 lanza su libro hace un llamamiento a los hombres nuevos, aquellos que tengan la valentía de combatir las miserias presentes, de atacar los prejuicios. A los luchadores de una transformación colectiva, convocados a convertirse en destructores de las barreras sociales y políticas las cuales, en su criterio, explican en buena parte el delito.

**D. La Colombia de 1950.** Las inquietudes sociales y políticas del autor se enclavaron en el momento histórico que atravesaba Colombia, que se denominó como la época de la violencia, ubicada en el período comprendido entre 1930 y 1953, aunque muchos la identifican con exactitud con el año de 1948 a raíz de los episodios del Bogotazo. Este periodo tiene como seña particular los enfrentamientos entre los partidos Liberal y Conservador, con la presencia de asesinatos, agresiones, afectaciones a la propiedad privada y terror fruto de la afiliación político radical de los protagonistas. El episodio hito de este momento histórico estuvo marcado por la muerte de Jorge Eliécer Gaitán, candidato presidencial de los liberales, quien muere

a manos de un sicario el día nueve de abril de 1948. La respuesta popular a este magnicidio no se hizo esperar, tomó dimensiones locales y nacionales; desde luego, no se pueden desligar de estos acontecimientos la ideología anticomunista de las clases en el poder, la precariedad económica de las clases más pobres y, por supuesto, un férreo bipartidismo.

En la esfera política, la Colombia de 1950 estaba representada por la presidencia del ingeniero y político Laureano Gómez Castro. La nación se sobreponía a los nuevos tiempos, generados por los efectos que en su momento trajo la dictadura del General Rojas Pinilla, y la creación del frente nacional. Situación o acuerdo que permitió a los partidos liberal y conservador, alternarse en el poder y conjurar a sí la violencia, con lo cual se lograron borrar las diferencias ideológicas de los partidos políticos, como todavía sucede el día de hoy, lo que algunos llaman la existencia de un partido único.

En el campo económico, Colombia presentaba aspectos positivos y negativos por acontecimientos nacionales e internacionales tales como la segunda guerra mundial; la guerra había llevado al país a un cambio en sus mecanismos de producción, los canales de transporte comercial se habían restringido y la exportación como actividad representaba en un completo caos. Esta situación conllevó a un lento crecimiento, como consecuencia de las dificultades en la importación, fruto del racionamiento fijado por los Estados Unidos, el cual solo demandaba productos con fines militares: Esto llevó al país a una economía de emergencia para no caer en la incertidumbre internacional, máxime en un momento en el cual el desarrollo económico colombiano apenas arrancaba.

El panorama religioso de Colombia para la época estaba determinado por la estructura propia del catolicismo, el cual integró y forjó la historia nacional, que a juicio de muchos fue el elemento estabilizador e integrador de todas las expresiones culturales. El gobierno de Laureano Gómez conocedor de esta realidad, se valía de la misma para perseguir a los protestantes, vaticinando que si se rompía la unidad de la identidad católica del pueblo colombiano, se le entregaría el país al comunismo. Por ello, muy poco éxito tuvieron otras religiones al atacar el monopolio institucional del catolicismo y proclamar la diversidad religiosa.

**E. Abordaje de la Sociología criminal: sus antecedentes en el positivismo francés.** Para Pérez la llegada del positivismo al Derecho penal y,

en especial, al estudio criminológico se encuentra radicada en el positivismo francés, concretamente en la obra de Comte. Si bien es cierto que el punto de análisis cumbre está representado por los trabajos de Lombroso, no menos importante es estudiar los orígenes de la Sociología criminal de Ferri quien, como integrante de la criminología positivista italiana, dio el toque jurídico a las investigaciones lombrosianas.

En sus indagaciones científicas, al construir su concepción naturalista del delito, Pérez encontró que Ferri –en su “sociología criminal”, publicada en 1884– negó que se hubiese fundamentado en la filosofía positivista de Comte, en los sistemas filosóficos de Spencer o Ardigó, o en las doctrinas biológicas de Darwin, Lamark o Moleschot. No obstante, reconocería un influjo leve de tales teorías en su concepción debido a que ellas estaban de moda en el mundo académico y científico de la época, pero rescata de estos esfuerzos académicos su característica principal: la utilización del método científico. Desde luego, la negativa de Ferri no alcanzó a desvirtuar lo que diría en 1928 cuando publicó sus “Principios de Derecho Criminal”<sup>15</sup>, obra en el cual sí destacaba la marcada influencia que el positivismo de Comte había generado en el Positivismo Penal, iniciado con Darwin y sus seguidores con el estudio de las ciencias naturales. Sobre el particular manifestó Ferri:

La ciencia de los delitos y de las penas era una exposición doctrinal de silogismos, dados a la luz por la fuerza exclusiva de la fantasía lógica: nuestra escuela ha hecho de ello una fuerza de observación que, fundándose en la antropología, la psicología y la estadística criminal, así como sobre el derecho penal y los estudios penitenciarios, llega a ser la ciencia sintética que yo mismo he llamado *sociología criminal*. Así esta ciencia, aplicando el método positivo al estudio del delito, del delincuente y del medio, no hace otra cosa que llevar a la ciencia criminal clásica el soplo vivificador de las últimas e irrefragables conquistas hechas por la ciencia del hombre y la sociedad, renovada por las doctrinas evolucionistas<sup>16</sup>.

Es evidente que la misma denominación de Sociología Criminal, no habría tenido sentido sin las enseñanzas Comtianas del curso de

<sup>15</sup> FERRI, Enrico. Principios de derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Reus S. A., 1933.

<sup>16</sup> La cita es de FERRI, Enrico. Sociología criminal. T. I, Tr. Antonio Soto y Hernández. Madrid: Centro Editorial Góngora, 1908. p. 44. La hace PÉREZ, Op. cit., nota 4, p. 15 (nota 2).

“Filosofía Positivista”<sup>17</sup> fechado en 1842 y, en 1844, con el “Discurso sobre el Espíritu Positivo”<sup>18</sup>, sin las cuales Ferri no habría podido sustentar los cimientos de su nueva ciencia. Estas consideraciones llevaron a Luis Carlos Pérez a indagar si la Antropología Criminal de Lombroso y el método de Ferri, como elementos de influencia del Hombre Delincuente, tenían origen exclusivo en Italia o pertenecían a los materialistas franceses del siglo XVIII, para llegar a la conclusión de que la obra del autor de la Sociología Criminal, parte de las posiciones y teorías de la escuela francesa.

El positivismo de Comte igual que el de Stuart Mill y Spencer buscaba reconciliar la naturaleza con la sociedad. Comte sistematiza y da al positivismo su propia esencia; sobre ello, bien dijo Pérez: “Reducir el pensamiento y la vida a lo *positivo*, es decir, al mundo de la experiencia inmediata, oponiendo lo *real* a lo quimérico, lo *preciso* a lo vago, lo cierto a lo indeciso, lo útil a lo inútil; en síntesis: lo relativo a lo absoluto”<sup>19</sup>. Comte, pues, sostiene que todo lo que este fuera de las percepciones sensibles es inalcanzable para el conocimiento científico positivo, condenándolo como metafísico, regresivo e inútil; por ello, Emile Littré discípulo de Comte interpretó la posición de su maestro con toda claridad, cuando dijo que “toda ciencia supone que los fenómenos que estudia están sustraídos a la voluntad, pero obedecen únicamente a condiciones de existencia llamadas leyes”<sup>20</sup>.

No es de extrañar, entonces, que Comte expresara que todas nuestras concepciones son necesariamente, primero, teológicas; después metafísicas y, finalmente, positivistas; por eso el orden social es móvil, siguiendo una progresión que pone lo verdadero no en lo imaginario, sino en lo racional. Estas conclusiones llevaron a Pérez a afirmar que el positivismo así entendido no era tan revolucionario como se juzgó en su tiempo; al contrario: implicaba un retroceso en comparación con el materialismo francés del siglo XVIII y con la dialéctica hegeliana.

---

<sup>17</sup> COMTE Auguste. Primeros Ensayos. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2001.

<sup>18</sup> COMTE Auguste. Discurso sobre el Espíritu Positivo. 2 ed. Barcelona: Ediciones Orbis, 1985.

<sup>19</sup> PÉREZ, Op. cit., nota 4, p. 16. Las negrillas aparecen en el original.

<sup>20</sup> Citado por PÉREZ, Op. cit., nota 4. p. 16-17.

F. *La Revolución Lombrosiana en la obra*. Como ha dicho nuestro autor, “la concepción naturalista del delito arranca en las lecciones que a lo largo de sus setenta y cuatro años, dejó el ardor infatigable de Cesar Lombroso”<sup>21</sup>. Sin duda, esta postura alumbró la criminología de Pérez máxime si se tiene en cuenta que ella era una referencia obligada, más que una moda era la estructura de pensamiento dominante a la cual él no pudo sucumbir. Sin embargo, pese a esta realidad sus más íntimas convicciones saldrían a la luz aunque ya se podían leer entre líneas en su obra de 1950. Creencias sociales arraigadas en el entendimiento del delito más allá de la etiología del delincuente, las cuales nacerían en el más puro positivismo criminológico como muestra única de las ironías de la historia, según pudo decirlo.

Esa postura naturalista del delito avalada por Pérez, predicaría que el devenir natural o la evolución generaba delito, dicho de forma diferente, el retroceso evolutivo o el detenimiento de la evolución, explicarían la criminalidad, y el delincuente sería una creación natural, un sujeto nacido para la ilicitud; una verdad aparentemente incuestionable, de personas que no tiene capacidad de decisión frente al delito pero que, por el bienestar social, se deben contener. Las lecciones de Lombroso, pues, habían obrado en el criminólogo colombiano quien en su momento compartió la idea de que el delincuente era un estadio fallido en la evolución humana, una expresión más de la naturaleza, un ser determinado para el delito. Ese impacto se puede apreciar también en una cita del gran estudioso argentino Nerio Rojas, en 1937:

Nada importa, que se hayan rectificado estas o aquellas fórmulas sobre la delincuencia; nada importa que se haya demostrado el error de Lombroso sobre estos o aquellos caracteres del delincuente nato; nada significa que ciertos datos estadísticos no correspondiesen a la realidad. Todo eso es anecdótico. Lo que vale, lo que importa y lo que significa es que Cesar Lombroso fundó un nuevo conocimiento científico, creo una rama inédita de la ciencia hasta que él alumbró. Cesar Lombroso es el creador y fundador de la criminología; esto es, del aspecto causal del delito<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> PÉREZ, Op. cit., nota 4, p. 141.

<sup>22</sup> Citado por PEREZ, Op. cit., nota 4. p. 142. Es tomada de: Cursos y conferencias. Buenos Aires, 1937.

El hallazgo científico de Lombroso planteó una revolución en su momento<sup>23</sup> la cual, a juicio de los autores vivenciales, sigue su curso independientemente de ser en buena parte cuestionada; en cualquier caso, estamos frente al constructor inmortal de una nueva ciencia, que fue perseverante sin fatiga, un genio incomprendido y adelantado a su época, pues, como señalaría Jiménez de Asúa, “Cada generación puede encontrar apoyo en la generación que le precede, tal vez en la que le sigue o en el extranjero; pero entre la contemporánea, jamás”<sup>24</sup>. El autor italiano publica la primera edición de “El hombre delincuente” en 1876 y su momento triunfal es el Tercer Congreso de Antropología Criminal, en Bruselas en 1893, cuando el Doctor Simal –Presidente del Congreso– declara la unión definitiva de la ciencia médica y del Derecho penal.

Sin duda, la aparición del texto lombrosiano representó una época de descubrimientos, de creación de nuevas ciencias, lo cual replicaría de forma inevitable en los estudiosos de su época y en la primera mitad del siglo siguiente, como sucedió con Luis Carlos Pérez; por ello se dijo que “Lombroso personifica una época. Es hijo de unos tiempos en que se crean ciencias y en que los hombres se apasionan por la investigación, ansiosos de mejorar destinos para la humanidad”<sup>25</sup>. Su figura no solo representaba el investigador de una nueva ciencia, fue considerado como un sabio, un revolucionario, un hombre que partió en dos la investigación del delincuente y que entregó a la humanidad una nueva ciencia, sobre el particular pudo decir Emilio Laveleye: “Me han presentado un joven sabio desconocido, llamado el doctor Lombroso, que es una especie de tocado, un monomaniaco. Me ha hablado de ciertos signos anatómicos por los cuales puede reconocerse a los criminales, lo que sería muy cómodo para los jueces de instrucción”<sup>26</sup>.

**G. Los caracteres físicos y psíquicos del criminal lombrosiano.** En la disección que realizará Lombroso al bandido Vilella, que fue muerto por los guardias cuando intentaba escapar, encontró su gran

---

<sup>23</sup> Lombroso vivió una época de grandes descubrimientos e inventos: la anestesia, las leyes de la genética, la bombilla, el teléfono la radio. *Vid.* Documental. Il volto dell'assassino - Le teorie di Lombroso. RAI, Cadena de Televisión Italiana, 1912. [en línea]. «<http://www.youtube.com/watch?v=ZV7ifQIFdS8>».

<sup>24</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Lombroso. Buenos Aires: Editorial La Universidad, Colección Perfiles, 1940. p. 10-94.

<sup>25</sup> *Ibíd.*

<sup>26</sup> Citado por PÉREZ, Op. cit., nota 4. p. 144.

hallazgo la “foseta occipital media”, una anomalía correspondiente a una hipertrofia del vermis, en el lugar donde normalmente se haya la cresta occipital media. Sobre ello, pudo decir su hija:

También los que no han hecho estudios médicos saben que nuestro cerebro está dividido en dos hemisferios y que en el cráneo, casi para separarlos, hay una cresta mucho más pronunciada en la base: cresta occipital media, que levanta donde las aves se presenta una fosa destinada a contener un tercer lóbulo medio. Ahora bien, en aquel cráneo, precisamente en el lugar de la cresta occipital, se presentaba una fosa, tan lisa y exenta de vasos inflamatorios que parecía haber sido a modo de receptáculo a un tercer lóbulo medio, como se ve en los embriones en el tercero o cuarto mes, y normalmente en las aves; anomalía rarísima que Lombroso jamás debía encontrar en aquella proporción<sup>27</sup>.

Esta fosita, dice el propio Lombroso, falta casi siempre en el orangután, en el gorila, existe constantemente en los demás primates inferiores y en los mamíferos inferiores. El criminal, entonces, re-producía caracteres del hombre primitivo, su ascendencia carnívora explica los pómulos salientes, las mandíbulas voluminosas y las demás analogías que había encontrado entre los delincuentes, los salvajes y los primitivos. Además, en sus pesquisas concluyó que entre los locos y los criminales no hay diferencias de calidad sino de intensidad, todos eran atávicos pero el delincuente era más pronunciadamente anormal. Por ello, el caso Verzeli, un estrangulador de mujeres, le dio al estudioso italiano la clave de la insensibilidad moral, como característica propia de este tipo de criminalidad.

A su vez, el caso del soldado Misdea afectado de epilepsia hereditaria, quien había ejecutado ocho crímenes, lo convence de la etiología epiléptica del delito y le permite la identificación de criminal con el loco moral y el epiléptico; llega así a la Antropología criminal, que define como la historia natural del delincuente que estudia la constitución orgánica psíquica y la vida social o de relación del hombre delincuente. El criminal es para Lombroso, una variedad de la especie humana y el delito es una manifestación natural, lo cual lo lleva naturalmente a la ilicitud; una variedad que denomina como delincuente nato. Los demás hombres que delinquen sin reunir la mayor parte de los signos degenerativos, son ocasionales o pseudocriminales. Así las cosas, explica que frente a los caracteres

---

<sup>27</sup> LOMBROSO DE FERRERO, Gina. Vida de Lombroso. Trad. José Silva. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009. p. 98.

psíquicos la insensibilidad moral ante el dolor ajeno, es consecuencia de la insensibilidad física ante sus propios dolores. El tipo criminal está constituido por un gran número de caracteres degenerativos en el mismo individuo, lo que no se observa sino excepcionalmente en las personas normales (1 por 400).

Lombroso desarrolló su teoría en la Italia de 1870, en la cual el 80% de los ciudadanos eran analfabetos<sup>28</sup>, en una sociedad campesina del tercer mundo, en donde la desnutrición, la tuberculosis, el raquitismo y la sífilis formaban parte del panorama social; estas realidades explicaban las características biofísicas de la población en general y de la carcelaria en particular. A su turno, a Luis Carlos Pérez, en 1950, le tocó vivir en un país con una tasa de analfabetismo del 40%<sup>29</sup>, con una población básicamente rural y con unas condiciones de salubridad parecidas, lo cual influyó en su adhesión al positivismo criminológico, pero sin perder de vista como la marginalidad social, la pobreza, la ignorancia en una sociedad desigual, eran causa y explicación del delito; por eso, reflexiona sobre el hecho de que no es suficiente examinar solo el delincuente como pregona Lombroso y había que estudiar el crimen en toda su extensión y con todas sus implicancias.

**H.** *Algunos juicios en torno a la teoría de Lombroso sobre el criminal.* En este aparte de la obra, es donde se enraíza la hipótesis a desarrollar en este trabajo pues es en una obra de criminología positivista, en la cual se lleva a cabo un adelantamiento a lo que en un futuro sería la criminología crítica; desde luego, no deja de ser una paradoja que desde un pensamiento criminológico positivista se avizore, con tanta claridad, el futuro del entendimiento de las causas criminales<sup>30</sup>.

En efecto, en un primer momento el Profesor Pérez entiende que si bien Lombroso es el creador de la teoría del delincuente nato, la cual focalizó sus esfuerzos en la persona del delincuente, en sus caracteres físicos y biológicos, no descuidó factores distintos a los antropológicos<sup>31</sup>. Diríamos, entonces, que su formación como psiquiatra le permitió intuir que el entorno del criminal y su relación

---

<sup>28</sup> Documental „Il volto dell' assassino - Le teorie di Lombroso“, Op. cit.

<sup>29</sup> Vid. Nota Editorial, Banco de la Republica de Colombia, 2006. [en línea]. «[http://www.banrep.gov.co/documentos/publicaciones/revista\\_bco\\_notas/2006/febrero.pdf](http://www.banrep.gov.co/documentos/publicaciones/revista_bco_notas/2006/febrero.pdf)».

<sup>30</sup> Sobre ello, PÉREZ, Nuevas Bases, p. 175 y sigtes.

<sup>31</sup> PÉREZ, Op. cit., nota 4, p. 157.

con él arrojaba respuestas sobre su actuar, lo cual no se evidencia en la historia lombrosiana llegada hasta nuestros días.

Esta reflexión explicaría por qué Enrico Ferri crearía y articularía su obra de “Sociología Criminal” en el entorno de los cursos de Antropología Criminal de Lombroso, de los cuales fue estudiante, máxime si se tiene en cuenta que aun en la Italia de finales del siglo XIX, existía duda sobre el papel que juega la sociedad, sus relaciones y el entorno, en la conducta del delincuente. No obstante, estos hallazgos se vieron eclipsados por la contundencia científica que representaba el estudio biológico, explicando el delito con base en factores congénitos; razones que se explican en la promesa del positivismo a la humanidad, la de utilizar el método científico y así resolver todos los problemas, incluso los sociales.

Esas características histórico temporales, fueron las que hicieron que Pérez adhiriera al positivismo criminológico en 1950 aunque en su interior, bajo su íntima convicción, supiese que la razón de ser del delito no habitaba solo en el delincuente; por eso diría Lombroso: “La investigación de las causas no disminuye la fatalidad creada por el elemento orgánico. Las causas de los delitos son, solamente, con harta frecuencia, la última determinante; la causa capital es la gran potencia de la impulsividad congénita”<sup>32</sup>.

A tal efecto, Pérez indagó en la última edición italiana del “Hombre delincuente” en la cual Lombroso afirmó no separarse de los factores individuales que encontró en el delincuente; pero, adviértase, abordó, o por lo menos avizoró, la existencia de factores externos que responderían por las causas del delito. Esos factores externos habitaban en los pensamientos del estudioso nacional, salían a la luz en sus discursos y encajaban con su formación humanista de hombre de izquierda, como él mismo se proclamara en varias oportunidades; estas externalidades o factores exógenos tenían una componente social, político, económico e incluso religioso. Por eso, intuía que la razón del delito no solo se hallaba en el delincuente, sino en su relación con la sociedad, con su medio ambiente independientemente considerado y, lo más importante, cuestionaba el sistema represor como causa de la criminalidad, debido a la diferencia social y a las necesidades de los más carenciados.

---

<sup>32</sup> Citado por PÉREZ, Op. cit, nota 4, p. 157.

Por ello, al partir de la última edición del “Hombre delincuente”, Pérez afirmó que era cierto que la Escuela Positiva había dado la máxima importancia a los factores antropológicos individuales en cuanto determinantes del delito; pero no por eso niega el influjo causal sobre el delito de factores externos, accesorios, hereditarios, etc. sean sociales, esto es, políticos, económicos, religiosos, etc., de los cuales hizo Lombroso un examen minucioso, exactamente lo mismo que la patología médica reconoce en la génesis de las enfermedades, junto al elemento causal específico, la influencia de muchas circunstancias predisponentes, de perturbaciones accidentales, etc., que favorecen el desarrollo y la acción de aquellas<sup>33</sup>. Por eso, al referirse al tema, señala Guillermo Ferrero que son los factores sociales los que permiten distinguir entre civilización y barbarie para decir que hay una criminalidad específica de cada uno de esos estados, sobre el particular señaló: “Al golpe duro y seco sigue la maniobra engañosa; al ataque directo, sucede las operaciones de flanco; al dolo inmediato lo reemplaza el dolo calculado, dosificado y cuidadosamente difundido en mil entretenimientos de aparente limpieza”<sup>34</sup>.

Con tales miras, Pérez se ocupó de la muestra tomada por Lombroso para elaborar su teoría en torno a los hombres privados de la libertad en cárceles, los cuales presentaban iguales características, no tanto por su condición de delincuentes como por los rigores del encierro, y advirtió que al pensador italiano no escapó el hecho de la estimación de la miseria en el influjo sobre la criminalidad, ni tampoco el hecho de que las cárceles estuvieran atestadas de pobres; al respecto dijo el autor nacional: “La existencia del criminal nato, con las características psíquicas y somáticas que lo presentaban como una variedad de la especie, no ha sido confirmada en ulteriores investigaciones efectuadas en cárceles de varios centros europeos, ni aceptada por quienes se han mantenido en contacto con esta clase de problemas”<sup>35</sup>. Y es que los sujetos investigados por Lombroso coincidían en sus condiciones de marginalidad y pobreza, lo cual da luces a las inquietudes sociales que tenía en 1950 Luis Carlos

<sup>33</sup> LOMBROSO, Cesare. L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria (cause e rimedi). Torino: Fratelli Bocca Editor, 1897. p. 5 y sigtes. Gran parte de la obra de Lombroso se puede consultar en línea: «[http://www.unito.it/unitoWAR/page/biblioteche4/B066/B066\\_Lombroso1](http://www.unito.it/unitoWAR/page/biblioteche4/B066/B066_Lombroso1)».

LOMBROSO, Cesare. Medicina legal. T. I. Trad. Pedro Dorado Montero. Madrid: La España Moderna, 1902.

<sup>34</sup> Citado por PÉREZ, Op. cit., nota 4, p. 158.

<sup>35</sup> PÉREZ, Op. cit., nota 4, p. 158.

Pérez, pero en ese momento histórico las consideraciones biológicas ocultaron cualquier otro análisis y eso hizo que estas reflexiones quedaran en un breve juicio.

Es más, no es menos importante destacar que el expositor colombiano no conocía por sus estudios que en otras cárceles europeas se había puesto a prueba la teoría de Lombroso y que, por lo menos estadísticamente, había sido desvirtuada. En estos breves juicios, de vital importancia para el momento, él señala los hallazgos de Féré en los cuales se advertía sobre el peligro de confundir criminales con enfermos, en el afán de demostrar la existencia del tipo del delincuente (recuérdese el hallazgo de la fosita occipital media de Lombroso); incluso, concluiría que no es válido establecer una relación entre las anomalías cerebrales y el crimen o la locura. Al respecto, dijo el estudioso colombiano apoyado en aquel:

Las deficiencias del sistema nervioso, las adherencias de la pía madre y de las meninges, conducen más bien a confundir los criminales con los enfermos, que a demostrar la existencia de un tipo de delincuente. La fosita occipital media, que, según Lombroso, existe en uno de diez por ciento de los criminales y en un cinco por ciento de los que no lo son, fue hallada por Féré en doce de cada ochenta individuos recluidos en la Salpetriere, donde los viejos eran admitidos si no tenían antecedentes penales<sup>36</sup>.

En estas consideraciones existen algunas anotaciones en cuanto a la criminalidad femenina se refiere, tema al cual respondió Lombroso en su obra para decir que si se toma la prostitución como una forma de conducta antisocial, la mujer es tan criminal como el varón; sobre este particular, sin embargo, no profundizó Pérez pero la ubicación del asunto en ese capítulo del libro lo une a las críticas y separaciones entre estas dos lecturas en torno a la causa del crimen. Incluso, apoyado en Mezger, señaló: "Mezger trae el ejemplo de Baer, médico de prisiones, quien sirviéndose de un rico material viviente, revisó las premisas lombrosianas, sin que encontrara los estigmas enumerados por el sabio italiano"<sup>37</sup>. Por ello, Pérez con base en Baer cuestiona duramente la teoría de Lombroso que explicaba la causa del fenómeno criminal, basado en estadísticas, para decir que los

---

<sup>36</sup> Cfr. PÉREZ, Op. cit., nota 4, p. 159. La cita es de FÉRE, Carlos. Degeneración y criminalidad. trad. Anselmo González. Río de Janeiro-Buenos Aires: Editorial Tor, s/d. p. 54.

<sup>37</sup> PÉREZ, Op. cit., nota 4, p. 159.

hallazgos de Lombroso sí se repiten, en cambio, con demasiada frecuencia entre la población no criminal.

Es más, en cuanto a los caracteres físicos y síquicos anotó que algunos signos del cuerpo, de atávica apariencia, se explican a menudo por traumatismos y enfermedades; sobre el particular señaló: “También el inglés Goring realizó mediciones antropométricas y otros ensayos en tres mil delincuentes fuertemente sancionados, y en numerosos grupos de no criminales... Goring no comprobó diferencias entre unos y otros, aunque procediesen del mismo círculo profesional... No pudo, pues establecerse relación entre el crimen y ciertas características físicas enumeradas por Lombroso”<sup>38</sup>. Más aun cuando el mismo Mezger concluye que la existencia de una variedad de un tipo unitario de criminal debe ser rechazado: “Mezger observa que la admisión de un tipo unitario de criminal, orgánica y anímicamente estigmatizado, en el sentido de una genuina variedad de la especie debe ser rechazado”<sup>39</sup>.

Finalmente, debe decirse que las consecuencias jurídicas penales de la doctrina lombrosiana son: los delincuentes ocasionales seguirán sometidos a las leyes, como ocurre hoy; pero, en lo relativo a los criminales de nacimiento, cambiara su situación, pues serán segregados no a título de pena, sino de defensa contra ellos.

En fin, de lo hasta aquí dicho cabe concluir que Luis Carlos Pérez al hacer un estudio crítico de la obra lombrosiana se adelantó a su época y, ya en 1950, cuestionó el panorama etiológico existente, todo ello a partir de una concepción criminológica positivista.

**I. Las fuentes indirectas o mediatas que estudiaron la obra de Pérez.** Las fuentes indirectas o mediáticas requieren un grado más profundo de crítica<sup>40</sup>, un análisis más cauteloso; aquí, ellas se abordan a partir de la obra de criminología del año 1950, para referirse a la lectura que han hecho de la misma, a la clasificación o adhesión que en ella encuentran, etc. Con tales miras se eligieron los trabajos de tres criminólogos, a saber:

**1. Alfonso Reyes Echandía.** Jurista colombiano (1932-1985), quien fuera magistrado y presidente de la Corte Suprema de Justicia de

<sup>38</sup> PEREZ, Op. cit., nota 4, p. 160.

<sup>39</sup> MEZGER, Edmundo. Criminología. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1942. p. 30.

<sup>40</sup> RABINOVICH, Op. cit., nota 1, p. 72.

Colombia, que murió durante la toma del Palacio de Justicia del año 1985. Él abordó la obra de Pérez para decir que tanto en sus “Nuevas bases del Derecho criminal” y en su “Criminología”, que “estudia conjuntamente instituciones jurídico penales y fenómenos propios de la criminología tradicional (mundo circundante, economía, alcoholismo, herencia, sexo, prostitución, peligrosidad); esta más especializada, sigue en general los lineamientos de la criminología positivista”<sup>41</sup>.

En primera instancia, la señala como una obra temprana lo que, a juicio de Reyes Echandía, tal vez explique su admiración por Lombroso y su adhesión al positivismo criminológico; con ello, desde luego, estaba anunciando a futuro una producción más madura, cosa que sucede en el ámbito del Derecho penal, producción extensa de la cual no desaparece su pensamiento criminológico que permearía toda su producción intelectual destacándose su crítica al sistema punitivo de la época. No obstante estas apreciaciones, el autor clasifica a Pérez como un seguidor de los lineamientos de la criminología positivista, lo cual supone un encasillamiento demasiado básico y que no consulta la complejidad del personaje estudiado; a nuestro juicio, a Pérez no se le puede etiquetar única y exclusivamente como seguidor de la tesis positivista, porque su trabajo presenta varios matices y realizar una lectura plana de su texto, sin contextualizarlo en las esferas sociales y políticas en las que participó, es un todo un desperdicio.

**2. Carlos Alberto Elbert.** Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales; exfuncionario judicial de la Provincia de Entre Ríos; Profesor Consulto Asociado de Derecho Penal y Criminología, de la Universidad nacional de Buenos Aires. Él se refiere a la obra de nuestro autor así:

Así resulta del cotejo de diversas obras de criminología latinoamericana que han sido textos básicos de formación universitaria, en las cuales el modelo naturalista se exhibe de lleno, o reaparece entremezclado con modelos explicativos más actualizados, en los que se dedica algún capítulo a mencionar didácticamente en qué consisten las corrientes modernas, pero manteniendo el grueso de la obra fiel a un desarrollo tributario del modelo etiológico<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Criminología. 8 ed. Bogotá: Editorial Temis, 1987. p. 10.

<sup>42</sup> ELBERT, Carlos Alberto. Manual básico de Criminología. Buenos Aires: Eudeba, 1998. p. 145.

Como se ve, el criminólogo argentino enlista a Pérez dentro del modelo naturalista, que responde a los lineamientos positivistas criminológicos marcados por la obra de Lombroso. Aduce este estudioso que el expositor colombiano sería tributario fiel del modelo etiológico, que remite a las causas u orígenes del delito centrando en el delincuente. Esta afirmación, desde luego, desconoce la profunda y fuerte crítica a los modelos económicos, sociales y políticos que en su momento realizara Pérez; se trata de un encasillamiento que, al rotular a los autores, desconoce sus matices y aleja a los estudiosos de los puntos de encuentro con otras líneas de pensamiento, para el caso que nos ocupa, con una concepción social que va más allá del estudio individual del delincuente.

**3. Eugenio Raúl Zaffaroni.** Abogado y escribano argentino, nacido el siete de enero de 1940; graduado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires en 1962, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Litoral (1964), y ministro de la Corte Suprema de Justicia de su país desde 2003; en el año 2009, como se recordará, el jurado mundial independiente lo galardonó con el Premio Estocolmo en Criminología. En uno de sus más reputados textos se refiere a la concepción de nuestro autor, así:

Una excepción temprana, aunque no supere el esquema etiológico, fue la obra de LUIS CARLOS PÉREZ en 1950. Este autor colombiano destinó un largo capítulo de su obra a demostrar el racismo criminológico siguiendo de cerca al cubano FERNANDO ORTIZ, y denunciando crudamente la intencionalidad del racismo. Solo faltaba un paso en esa obra para percatarse de que el resto de la teorización etiológica que recoge no es más que una faceta del entero discurso racista. El paso no fue posible en ese momento, pero quizá sea la que más cerca estuvo de darlo<sup>43</sup>.

De las palabras anteriores se infiere, claramente, que para él la obra de Pérez no estaba todavía madura en 1950, pero que se podía esperar grandes cosas de él cómo criminólogo; seguramente, lo leyó entre líneas y encontró que la criminología que aquel proponía era algo más que el positivismo manufacturado en Latinoamérica. No obstante, ya en 2011, el gran estudioso gaucha retoma sus reflexiones al respecto para decir:

---

<sup>43</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología aproximación desde un Margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988. p. 242.

Luis Carlos Pérez (1914–1998), colombiano del Cauca, fue ministro de la Corte Suprema y muy destacado penalista y criminólogo. En su *Criminología* (1950) destinó un largo capítulo de su obra a denostar el racismo criminológico. En verdad, no le faltó más que un paso para que concluyese que el resto de la teorización etiológica no era más que una faceta del entero discurso racista. Su posición estaba bastante cerca de Bonger, al igual que el brasileño Roberto Lyra Filho (1927–1986). Por esta razón Luis Carlos Pérez y Roberto Lyra Filho, hasta el desembarco de la criminología de la reacción social por la obra de las criminólogas venezolanas Lola Aniyar de castro y Rosa del Olmo, fueron considerados como exponentes del pensamiento políticamente más progresista de la criminología de la región<sup>44</sup>.

De esta última aseveración resulta apasionante que para Zaffaroni el pensador colombiano se haya adelantado a ese momento histórico, cruzó la línea antes de tiempo, al ser considerado políticamente más progresista para la región en su época; o, como creemos, vislumbró la criminología crítica desde el positivismo criminológico.

*J. La visión criminológica después de 1950 y la Criminología crítica.* Situados hacia el año de 1977, se percibe que el autor nacional en sus obras de Derecho penal rechaza abiertamente los postulados positivistas, reniega de la concepción naturalista del delito, y se encamina al análisis de las condiciones y necesidades sociales como la razón de ser de la criminalidad. Sobre el particular manifestó:

Si es ciencia histórica, rechaza el postulado positivista de que el crimen “resulta de causas naturales” en el sentido que sea una manifestación espontánea e inevitable que acompañe siempre a los conglomerados humanos. Y rechaza este punto de vista porque todas las fuerzas predisponentes o desencadenantes del delito; aun las físicas, no obran sobre la persona sino a través de la organización, de las costumbres y necesidades sociales<sup>45</sup>.

A finales de los años ochenta, de manera más pausada y reposada, Pérez descarta totalmente cualquier explicación etiológica del delito, cosa en la que venía trabajando desde treinta años atrás. Pero, en esta oportunidad, adhiere a la criminología crítica con lo cual puede condensar las condiciones individuales y sociales del delincuente,

---

<sup>44</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 139.

<sup>45</sup> PÉREZ, Manual de Derecho penal, Op. cit., p. 4.

con el fin de dar una respuesta integral al delito. Lo cual manifestó de la siguiente forma:

“Con todo, hay suficientes aportes para esclarecer que la criminología se ocupa de las condiciones individuales y sociales del crimen, buscando a través de condensaciones estadísticas, las tendencias generales de la delincuencia, y, con la criminología crítica, el papel de la ley y de sus ejecutores en la producción del delito”<sup>46</sup>.

Por supuesto, es posible que el párrafo precedente se escondiera en el inconsciente del Luis Carlos Pérez de 1950 y que estaba luchando por salir; por eso, ratificamos, que él se adelantó en el tiempo y en el espacio, al avizorar la criminología crítica desde el positivismo criminológico.

**K. ¿Qué es la Criminología crítica?** Sin el ánimo de ser exhaustivos, porque sería tema de otra investigación, fijaremos las líneas más representativas del movimiento conocido como criminología crítica, con el fin de realizar las conexiones necesarias con la obra que nos ocupa. La principal distinción de la criminología crítica frente a la positivista de paradigma etiológico, es la inclusión del poder represivo o punitivo como punto de análisis, por ello se abandona al delincuente como única razón del delito; diríamos que el poder punitivo genera delito, que se cuestiona, se pone en tela de juicio. Estas preocupaciones, téngase en cuenta, ya asaltaban la atención de Luis Carlos Pérez, desde sus discursos e investigaciones de los años cincuenta y se manifestaba tímidamente en su obra de criminología, máxime que él se autodenominó como un hombre rebelde, inconforme, militante de izquierda, un hombre de reacción social. A la criminología crítica se le llamará también de la reacción social.

La criminología crítica se divide en dos corrientes: una de corte liberal y otra radical. La primera, apuntalada en la conservación de la situación actual por parte de las personas en el poder; la segunda, de corte marxista y combativa. Por las connotaciones personales de nuestro autor es posible pensar que militara en el segundo grupo; no olvidemos que fue perseguido por su credo político en los episodios del bogotazo tal como se relató en precedencia.

---

<sup>46</sup> PÉREZ, Derecho penal, Tomo I, Op. cit., p. 21.

La criminología crítica, además, busca demoler de forma racional los discursos legitimadores del poder punitivo adelantado sin control; es, si se quiere, un racionalizador del poder de represión. Estas finalidades también las compartió y propulsó Luis Carlos Pérez desde los años cincuenta del siglo pasado. Así mismo, la criminología crítica denuncia la alta selectividad del poder punitivo, pone en tela de juicio la igualdad en la persecución penal, denuncia que se persiguen personas y no actos; estos planteos también fueron sostenidos por el autor cuando actuó en defensa de los más carenciados e hizo críticas al Derecho penal de su época tal como ya se analizó.

### III. CONCLUSIONES

En este apartado se consignan los resultados de la tarea propuesta, al igual que nuevas hipótesis o reflexiones generales<sup>47</sup> arrojados por la investigación emprendida.

**A. Conclusión central o resultado principal de la investigación.** Con esta incursión académica se buscó responder a la siguiente pregunta: ¿Por qué un jurista escribe un libro exitoso de criminología positivista y luego lo desecha, descalificándolo? Al respecto se concluyó: Luis Carlos Pérez sucumbió al fenómeno positivista criminológico del momento, pero su compromiso ideológico de humanista y hombre de izquierda le permitió vislumbrar en los años cincuenta lo que luego se llamaría Criminología Crítica.

**B. Conclusiones derivadas del resultado principal la investigación.** Al respecto se puede señalar lo siguiente:

1. Se ha producido el hallazgo de los que denominamos como breves juicios a la obra de Lombroso en la "Criminología" de Luis Carlos Pérez, lo que es la prueba incuestionable de que el colombiano se adelantó a su época, cuestionando el panorama etiológico dentro de una obra de criminología positivista.

2. La investigación histórica realizada permitió conocer la visión humanista de un hombre de izquierda, polémico, comprometido con las causas sociales, rebelde, inconforme con el *statu quo*, vocero de los más carenciados y dispuesto a asumir las consecuencias de sus férreas convicciones sociales, políticas y jurídicas.

---

<sup>47</sup> RABINOVICH. Op. cit, nota 1, p. 74.

3. La pesquisa realizada arroja que, ya en el año de 1950, Luis Carlos Pérez avanzó frente a la explicación del origen del delito, sobrepasando lo meramente descriptivo y dirigiéndose con firmeza al cambio del sistema económico y político para lograr, así, una explicación social al fenómeno del crimen.

C. *Nuevas hipótesis o reflexiones finales de la investigación*. Es indudable, en armonía con la conclusión que expresara Zaffaroni quien considera al criminólogo colombiano como una excepción temprana, la presencia de un importante hallazgo enclavado en el modelo etiológico. Además, se abren las puertas para emprender una nueva investigación a partir del capítulo del libro de Pérez destinado a combatir el racismo; ello podría explicar algunos genocidios nacionales e internacionales, la naturaleza y motivo de las masacres, etc. Pero, como se anotó, el asunto debe ser tema de una nueva investigación histórica.

#### IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMTE, Auguste. *Primeros Ensayos*. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2001.

----- . *Discurso sobre el Espíritu Positivo*. 2 ed. Barcelona: Ediciones Orbis, 1985.

ELBERT, Carlos Alberto. *Manual Básico de Criminología*. Buenos Aires: Eudeba, 1998.

FÉRE, Carlos. *Degeneración y criminalidad*. trad. Anselmo González. Río de Janeiro: Editorial Tor, s/d.

FERRI, Enrico. *Principios de derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Reus S. A., 1933.

----- . *Sociología criminal*. T. I, Tr. Antonio Soto y Hernández. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1908.

GARCÍA HERREROS T., Mario. *Los fundamentos de la Sociología Criminal*. En: *Revista Trimestral de Cultura Moderna*, no. 1 (octubre). Bogotá: Universidad Nacional, 1944. p. 183-199.

GONZÁLEZ MOSQUERA, Guillermo Alberto. Luis Carlos Pérez. [en línea] <<http://popayancorporation.org/1137.htm>>.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Lombroso*. Buenos Aires: Editorial La Universidad, Colección Perfiles, 1940.

LOMBROSO, Cesare. L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria (cause e rimedi). Torino: Fratelli Bocca Editor, 1897.

----- . Medicina legal. T. I. Trad. Pedro Dorado Montero. Madrid: La España Moderna, 1902.

LOMBROSO DE FERRERO, Gina. Vida de Lombroso. Trad. José Silva. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009.

MARTÍNEZ MAHECHA, Fernán. La poeta desnuda. En: Revista DINERS. [en línea]. «<http://www.revistadiners.com.co/nuevo/interna.php?idn=200&idm=4>».

----- . Rememoranza de Matilde Espinosa. [en línea]. «<http://www.rengloneszurdos.com/2011/07/rememoranza-de-matilde-espinosa.html>».

MEZGER, Edmundo. Criminología. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1942.

PÉREZ, Luis Carlos. Derecho penal, Tomo I. Bogotá: Editorial Temis, 1987.

----- . Criminología. La nueva concepción naturalista del delito. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1950.

----- . Nuevas Bases de Derecho Criminal. Curso completo de Derecho Criminal y Sociología Criminal, con referencias a la legislación y a la realidad social colombianas. Bogotá: Distribuidora Americana de Publicaciones, Ltda., 1947.

----- . Manual de Derecho penal. Bogotá: Editorial Temis, 1977.

----- . Gracias Popayán. [en línea]. «<http://pachajoa.zymichost.com/per4.htm>».

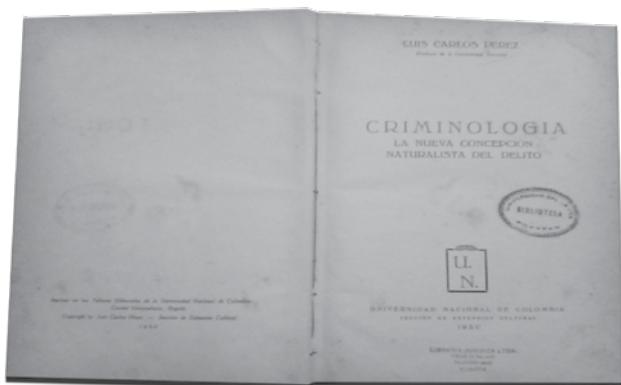
RABINOVICH, Ricardo. Un viaje por la Historia del Derecho. Buenos Aires: Editorial Quórum, 2007.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Criminología. 8 ed. Bogotá: Editorial Temis, 1987.

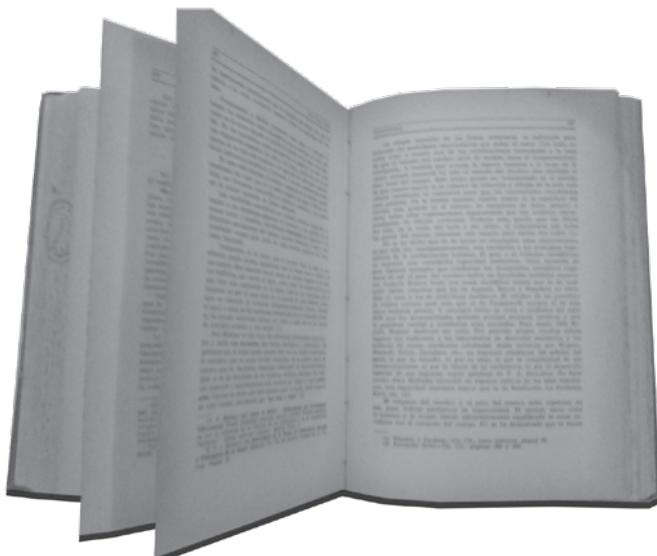
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología aproximación desde un Margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988. p. 242.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La palabra de los muertos: Conferencias de Criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011.

## V. ANEXO FOTOGRÁFICO



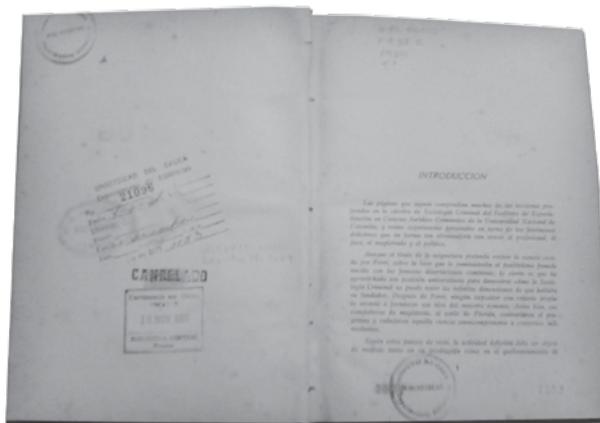
**Fotografía No 1:** Primera página del libro “Criminología. La nueva concepción naturalista del delito”<sup>48</sup>.



**Fotografía No 2:** Apariencia general del libro<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Elaboración del autor.

<sup>49</sup> Fuente: elaboración propia.



Fotografía No 3: Apariencia interior del libro<sup>50</sup>.



Fotografía No 4: Tapa del libro en su versión de 1950<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Fuente: elaboración propia.

<sup>51</sup> Fuente: elaboración propia.



**Fotografía No 5:** Apariencia exterior del libro<sup>52</sup>.



**Fotografía No 6:** Apariencia exterior del libro.

---

<sup>52</sup> Fuente: elaboración propia.



**Fotografía No 7:** Luis Carlos Pérez y Jorge Enrique Molina<sup>53</sup>.



**Fotografía No 8:** Antonio García, Otto Morales y Luis Carlos Pérez, entre otros. 1976<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> MOLINA, Gerardo. Fotografía. Disponible en: <http://gerardomolina.org/fotosamigos.htm>

<sup>54</sup> *Ibid.*



**Fotografía No 9:** Luis Carlos Pérez Velasco, Matilde Espinosa y sus hijos Manolo y Fernando<sup>55</sup>.



**Fotografía No 10:** Matilde Espinosa, 20 marzo de 2008<sup>56</sup>

<sup>55</sup> *Ibíd.*

<sup>56</sup> *El Tiempo*, Marzo de 2008.



**Fotografía No 11:** Matilde Espinosa  
y su nieto Fernán Martínez Mahecha<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> MOLINA, Op. cit., nota 53.



# III

## Jurisprudencia





DOBLE SUBSUNCIÓN, CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y  
PRINCIPIO DE LEGALIDAD. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO  
COLOMBIANO.

*Carlos Augusto Gálvez Bermúdez.*

RESUMEN

El comentario muestra cómo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, al condenar al excongresista Dr. César Pérez García, hace una doble subsunción de las conductas que a él se le imputaron, ora como crímenes internos ora como crímenes de lesa humanidad sin que ello se acomode a las exigencias del artículo 7° del Estatuto de Roma. Además, se dice que tal forma de abordar esos fenómenos supone una violación al principio de legalidad, máxime si se acude a una normatividad internacional no existente al momento en el cual fueron cometidos los hechos, cuando los compendios normativos de entonces manejaban estructuras distintas al concepto contemporáneo, que inclusive exigían que los hechos se cometieran en medio del conflicto armado. En fin, llama la atención en el sentido de que a la hora de conceptuar la categoría de la antijuridicidad se acuda como fundamento a elementos propios del derecho natural, pues se afirma que la filosofía de los derechos humanos puede ser el cimiento de un juicio netamente jurídico como lo es la tutela de bienes jurídicos legalmente protegidos.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal comparado, derecho penal internacional, derecho penal trasnacional, crímenes de lesa humanidad, clasificación de los crímenes, elemento contextual, masacre, delitos internos, doble subsunción penal.

**“CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACION PENAL**

Acta número 148

Bogotá, D.C, quince (15) de mayo de dos mil trece (2013).

Finalizada la audiencia pública, la Sala de Casación Penal dicta sentencia en el juicio contra el ex congresista, doctor CÉSAR PÉREZ GARCÍA.

## HECHOS

En el año de 1988 se celebró por primera vez la elección popular de alcaldes. Una nueva fuerza que bajo el nombre de “*Unión Patriótica*” irrumpió en el quehacer político nacional, logró con Rita Ivonne Tobón Areiza y siete de trece concejales, constituirse en la fuerza electoral mayoritaria del municipio de Segovia, localidad del nordeste antioqueño, en donde por años habían dominado los partidos tradicionales como consecuencia de un sistema de designación de la primera autoridad local sin participación popular.

A organizaciones de ultraderecha no les agradó ese nuevo escenario y muy pronto se notificó a los segovianos de la aparición de un movimiento autodenominado “*Muerte a revolucionarios del nordeste*”, que restauraría el orden en el municipio. En medio de esa confrontación, irrumpió en la noche del 11 de noviembre de 1988 un ejército privado que bajo el mando de Alonso de Jesús Baquero, alias “*Vladimir*”, segó la vida a varias personas<sup>1</sup> y afectó la integridad personal de otras<sup>2</sup>, en un acto demencial de retaliación política contra los habitantes de ese municipio.

Alias “*Vladimir*” le contó a la justicia tiempo después, luego de haberse comprobado su participación en ese operativo contra la indefensa población civil, que en una finca del Magdalena Medio, Henry Pérez le ordenó ejecutar ese acto que se ha dado en llamar para la historia la “*Masacre de Segovia*”, luego de explicarle que CÉSAR PÉREZ GARCÍA, un reconocido político, era el gestor de semejante acto.

## IDENTIDAD DEL PROCESADO

CÉSAR AUGUSTO PÉREZ GARCÍA, natural de Remedios, Antioquia, hijo de Máximo y Leonisa, nacido el 5 de agosto de 1935, identificado con la

<sup>1</sup> **Fallecieron:** Adalberto Lozano Ruiz, Carlos Enrique Restrepo Cadavid, Carlos Enrique Restrepo Pérez, Diana María Vélez, Erika Milena Marulanda, Fabio Jaramillo, Fabio Sierra Gómez, Francisco William Gómez Monsalve, Gildardo Antonio Restrepo Cadavid, Guillermo Osorio Escudero, Guillermo de Jesús Areiza, Henry Alberto Castrillón, Jairo Rodríguez Pardo, Jesús Aníbal Gómez, Jesús Antonio Benítez, Jesús Antonio García, Jesús Emilio Calle Guerra, Jesús Orlando Vásquez Zapata, Jorge Luis Puerta Londoño, José Abelardo Madrid, José Alberto Osorno Betancur, José Danilo Amariles Ceballos, Juan de Dios Palacio Múnera, Julio Martín Flórez Ortiz, Libardo Antonio Cataño Atehortúa, Luis Adalberto Lozano Ruiz, Luis Ángel de Jesús Moreno San Martín, Luis Eduardo Hincapié, Luis Eduardo Sierra, María del Carmen Idárraga, María Dolly Bustamante, María Soledad Niño, Olga Agudelo Barrientos, Oscar de Jesús Agudelo, Pablo Emilio Gómez Chaverra, Pablo Emilio Idárraga Osorio, Regina del Socorro Muñoz Mestre, Roberto Antonio Marín Osorio, Robinson de Jesús María Arena, Rosa Angélica Mazo Arango, Shirley Castaño Patiño, Vidalia Orozco Saldarriaga y tres personas más no identificadas.

<sup>2</sup> **Sufrieron lesiones:** Mario de Jesús Villa, Johnny Jaramillo Restrepo, Norbey Jiménez, Macleris de Jesús Brando Soto, Guillermo Alzate Fonnegra, Miguel Ángel Carrillo, José Antonio Palacios Bohorquez, Olga Palacios San Martín.

cédula de ciudadanía número 2.856.396 de Bogotá, de profesión abogado, ex diputado, ex representante a la Cámara, y ex senador de la República.

#### ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1.- *La investigación la inició la Fiscalía General de la Nación.*

2.- *El 6 de julio de 1994, la Fiscalía Regional de Bogotá dispuso que se escuchara en diligencia de indagatoria a CÉSAR PÉREZ GARCÍA, la cual se llevó a cabo el 11 de septiembre de 1995 ante la Fiscalía Regional de Medellín, autoridad que el día 21 del mismo mes y año se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento.*

3.- *El 19 de diciembre de 2007 el sindicado solicitó el cierre de la instrucción y el 15 de abril del año siguiente requirió la preclusión de la investigación.*

4.- *El 6 de noviembre de 2009 con fundamento en la decisión proferida por la Sala el 1 de septiembre del mismo año, la Fiscalía Tercera de la Unidad de Derechos Humanos, remitió el asunto por competencia.*

5.- *El 13 de mayo de 2010 la Sala avocó conocimiento y dispuso continuar con la investigación por tratarse de una conducta imprescriptible.<sup>3</sup>*

*Luego de la práctica de varias pruebas, la Sala escuchó en ampliación de indagatoria al procesado y le resolvió su situación jurídica mediante auto del 22 de julio de 2010<sup>4</sup>, con medida de aseguramiento de detención preventiva como determinante de los delitos de Genocidio y concierto para delinquir con ese fin.*

*En consecuencia, ordenó su captura, la cual se hizo efectiva el día 22 de julio del mismo año.<sup>5</sup>*

6.- *Mediante providencia del 6 de diciembre de 2010<sup>6</sup>, la Sala clausuró el ciclo investigativo.*

7.- *Luego de presentadas las alegaciones correspondientes, el 14 de marzo de 2011<sup>7</sup> calificó el mérito del sumario, acusando a CÉSAR PÉREZ GARCÍA.*

*En la providencia la Corte se refirió a los hechos ocurridos el 11 de noviembre de 1988 en Segovia, los cuales tipificó como un concurso de delitos de homicidio agravado y lesiones personales, comportamientos que estimó constituían por su gravedad y sistematicidad, delitos de lesa humanidad, bajo el epígrafe de “Masacre de Segovia”. Igualmente le fue imputado el delito de concierto para delinquir agravado.*

<sup>3</sup> c.o. 1 folio 12.

<sup>4</sup> c. o. 2 folio 1.

<sup>5</sup> c. o. 2 folio 128.

<sup>6</sup> c. o. 5 folio 188.

<sup>7</sup> c. o. 9 folio 1.

8.- El 18 de julio de 2011 se inició la audiencia preparatoria,<sup>8</sup> en la cual se desestimaron las nulidades propuestas por la defensa y algunas pruebas solicitadas.

En síntesis, la Corte aclaró que el epígrafe que se utilizó relacionado con la “Masacre de Segovia” era ilustrativo de una situación de contexto, en la medida que la “ratio decidendi” de la acusación permite afirmar lo siguiente:

“En consecuencia, claro es que al doctor **César Pérez García** se le acusa en calidad de determinador por los delitos de homicidio múltiple agravado (atentado contra la vida de 44 personas), lesiones personales agravadas (atentado contra la integridad física de 32 personas) y concierto para delinquir, los cuales se enmarcan dentro del contexto de un crimen contra la humanidad que se ha categorizado como Genocidio, como una especie del género de los crímenes de Lesa Humanidad, razón por la cual, la acción penal es imprescriptible aunque la eventual pena que se pueda imponer corresponderá estrictamente al marco legal vigente interno para la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es, a los tipos penales correspondientes a los delitos que se acaban de enunciar.”<sup>9</sup>

Esta decisión fue impugnada a través del recurso de reposición, el cual fue resuelto el 19 de julio de 2011, desestimándose los argumentos del recurrente.<sup>10</sup>

9.- La audiencia pública de juzgamiento se llevó a cabo en varias sesiones a partir del 30 de enero de 2012 y culminó el 11 de mayo del año en referencia.

## INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA PÚBLICA

**El Ministerio Público.** La Procuraduría señala que cualquier consideración acerca de la tipicidad de la conducta quedó superada, y que lo que resta es determinar si CÉSAR PÉREZ GARCÍA es responsable como determinador de los hechos ocurridos el 11 de noviembre de 1988, conocidos como la “Masacre de Segovia”, para lo cual realiza una reseña histórica del paramilitarismo en Colombia, cuáles fueron los actores del conflicto armado y cómo con sus acciones se cometieron delitos de lesa humanidad.

Señala que el país presenció la persecución y aniquilación de la “Unión Patriótica”, partido que fue reconocido en 1986 por el Consejo Nacional Electoral y el cual se constituyó en su momento en la tercera fuerza política más importante del país. Ese exterminio, señala, fue consecuencia de un ataque generalizado y sistemático contra dirigentes y simpatizantes de esa agrupación, bajo la consideración de que representaba el brazo político de las Farc.

<sup>8</sup> c. o. 11 folio 3.

<sup>9</sup> Folio 82 cuaderno 11.

<sup>10</sup> c. o. 11 folio 130.

Agrega que en Remedios y Segovia, municipios del nordeste antioqueño, la Unión Patriótica consiguió en las elecciones populares para elegir alcaldes por primera vez, destronar la hegemonía Liberal liderada por CÉSAR PÉREZ GARCÍA, proceso que se desarrolló en medio de una contienda hostil, rodeada de amenazas y de muertes selectivas por la acción de grupos paramilitares.

Considera que existe evidencia de nexos entre el acusado con los grupos paramilitares que le demostraron su apoyo y que fueron artífices de esas intimidaciones, prueba de lo cual sería la carta enviada por la organización ilegal a los ciudadanos de Segovia, donde abiertamente manifiestan su respaldo al mencionado en precedencia.

Estima, además, que están probadas igualmente una serie de circunstancias que indican que el partido liberal perdió el liderazgo político en el municipio de Segovia y que PÉREZ GARCÍA, máximo líder de ese grupo, cedía de esa manera su poder y hegemonía, de ahí que tal situación explica la razón por la cual encontró una causa común con la estructura ilegal paramilitar que ejecutó la operación criminal en la citada población.

En ese sentido, la declaración de Alonso de Jesús Baquero, alias "*Vladimir*", miembro y líder del aparato paramilitar que consumó la acción delictiva, señaló en detalle cómo se planeó y ejecutó el operativo, a los determinadores y autores materiales de la denominada "*Masacre de Segovia*", entre los que mencionó al procesado.

Pero no solamente "*Vladimir*" fue quien le atribuyó un rol preponderante como determinador de los hechos a aquél, pues esa afirmación tiene un gran soporte en otras pruebas testimoniales, documentales, y en publicaciones de libros y del diario El Tiempo, que denotan que las acusaciones en su contra provienen de diferentes fuentes que convergen a demostrar la responsabilidad del procesado, el ejército y los paramilitares en lo acaecido el 11 de noviembre de 1988.

Por lo tanto, el Señor Procurador considera que el análisis de las pruebas en su conjunto permite afirmar que existe certeza de la participación del procesado como determinador de los graves hechos que se le imputan, sucedidos en medio de un contexto político conflictivo que desembocó en la conocida "*Masacre*".

Asimismo asegura que está probada la pérdida de liderazgo político de CÉSAR PÉREZ GARCÍA, su vinculación con el grupo paramilitar que se enfrascó en el exterminio de la Unión Patriótica, y la manera como este grupo ilegal con el respaldo del Ejército Nacional gestó la matanza.

Todo ello conjugado con la dicente versión de alias "*Vladimir*" y otros líderes paramilitares que dan razón de los nexos del procesado con grupos ilegales, condujeron al Señor Procurador a deprecar que se profiera sentencia de condena en contra del procesado.

**La Parte Civil.** La representante de la parte civil solicita que se condene al procesado como determinador de los delitos por los que se le juzgó e imponga la pena máxima que corresponda a la gravedad de los mismos.

Considera que el delito de lesiones personales ha debido tipificarse como un concurso de tentativas de homicidio. Aun así, esa conducta, los homicidios y el concierto para delinquir, delitos por los cuales fue acusado el sindicado, deben ser apreciados como crímenes de lesa humanidad a la luz del derecho penal internacional de los derechos humanos, en la medida que son parte de un conjunto de hechos sistemáticos o generalizados contra militantes de la Unión Patriótica.

En ese sentido, afirma que si bien para el momento de comisión de la conducta formalmente no existía ningún tipo penal que denominara crimen de lesa humanidad a ataques masivos y generalizados; el Estado Colombiano, por lo menos desde 1950, suscribió los hoy conocidos como principios del derecho internacional de los derechos humanos, compilados en la resolución 95 de la Organización de Naciones Unidas de ese año, instrumentos que permiten por su especial gravedad, considerar delitos de la legislación común como crímenes de lesa humanidad por su sistematicidad y generalidad.

Con esa finalidad hace un recuento de innumerables delitos cometidos contra militantes de la “*Unión Patriótica*”, de la persecución a sus integrantes y de su exterminio por razones ideológicas, para concluir que la prueba de su gravedad fue que ese dato histórico llevó a incluir expresamente en la legislación penal Colombiana la incorporación del “*Genocidio Político*” como delito indicativo de graves infracciones contra los derechos humanos.

A su juicio, documentos y testimonios señalan a CÉSAR PÉREZ GARCÍA como determinador de la “*Masacre*”. Así, la carta abierta a los ciudadanos de Segovia por parte del Movimiento Muerte a Revolucionarios del Nordeste donde se le menciona como persona afín con ese grupo; la declaración de alias “*Vladimir*”, el ejecutor material de aquella, quien lo sindicó de haber sido el determinador de la misma. Y no faltan testimonios de paramilitares como Iván Roberto Duque y Fredy Rendón, quienes se refieren a las relaciones que tenía PÉREZ GARCÍA con grupos ilegales y en especial con Henry Pérez, uno de los artífices del operativo en Segovia.

Como hecho indiciario se encuentran las declaraciones de los habitantes de Segovia que conocían los antecedentes de la “*Masacre*”, la intolerancia política e ideológica entre los diversos actores del conflicto, que permite apreciar los hechos ocurridos en Segovia la noche del 11 de noviembre de 1988 como una expresión de violencia sistemática y generalizada e inferir la participación del acusado como determinador.

**La Defensa y el vocero del procesado.** Los alegatos del vocero y el defensor tienen un mismo hilo conductor, por lo cual se consignará lo expuesto por ellos en un resumen común.

Discuten la calificación jurídica de la conducta, pues en su criterio no existe claridad acerca de cuál es el comportamiento que desde el punto de vista jurídico se le imputa a su defendido.

En su criterio, la calificación jurídica en la diligencia de indagatoria dista de la que se le imputó al resolver la situación jurídica, pues en esta se le atribuyeron los delitos de genocidio y asociación para cometer genocidio; y de la muy distinta consignada en la resolución de acusación, en la cual se le acusó como presunto determinador de la *"Masacre de Segovia"*, en la que perdieron la vida medio centenar de personas e innumerables resultaron heridas, así como daños materiales, hechos considerados como un crimen de lesa humanidad.

En ese orden, cuestionan la falta de precisión de los hechos jurídicamente relevantes por los cuales se llamó a juicio a su defendido y critican que no se haya señalado frente a cuáles homicidios, lesiones o daños que se produjeron en esos hechos actuó el doctor PÉREZ GARCÍA como determinador.

Con todo, asumen que la cuestión fáctica está definida y a partir de ese punto de vista censuran la prueba de cargo y fundamentalmente el testimonio de Alonso de Jesús Baquero Agudelo, alias *"Vladimir"*, declaración acerca de la cual formulan una serie de consideraciones para indicar que se trata de un testigo de oídas, que lo que conoce acerca de la participación del doctor CÉSAR PÉREZ GARCÍA es al parecer lo que supuestamente otros le dijeron.

Según eso, un testigo de oídas o de referencia es inadmisibile como prueba de responsabilidad e inclusive la ley 906 de 2004, aplicable por virtud del principio de favorabilidad, prohíbe que una sentencia pueda fundamentarse en ese tipo de pruebas. Sin embargo, más allá de esas consideraciones, es un hecho inobjetable que la declaración de alias *"Vladimir"* es de una fragilidad probatoria inocultable por la manera como tuvo conocimiento de la improbable participación del acusado en semejantes comportamientos.

En efecto: Con las absurdas aseveraciones del testigo se pretende afirmar que el inculcado tuvo nexos con los paramilitares y que buscó apoyo de grupos ilegales para llevar a cabo la *"Masacre"* de Segovia, en retaliación contra los habitantes de un municipio que de tiempo atrás había sido su fortín político; cuestión que a juicio de la Corte se reafirmaría con el manifiesto atribuido al movimiento *"Muerte a revolucionarios del Nordeste"*, creado a raíz del descalabro político del grupo que el procesado lideraba en Segovia y en el cual se mencionaba a éste como uno de sus líderes.

A juicio de la defensa esas afirmaciones no tienen asidero ni en la realidad ni en el proceso, y sin embargo se ha querido dar apariencia de certeza a una cuestión fáctica que según se demostró no tiene razón de ser. No existió descalabro político, ni el grupo de CÉSAR PÉREZ GARCÍA fue derrotado estruendosamente, ni mucho menos fue enemigo de la Unión Patriótica,

pues propició alianzas al interior del concejo con el fin de elegir a un personero de esa colectividad de izquierda. De manera que el acusado no podía gestar la creación de ningún grupo ilegal por un acontecimiento que no ha existido sociológicamente como hecho político, ni asumir venganzas contra quienes fueron sus aliados en concretos procesos gubernamentales.

En ese sentido concluyen que si a la pérdida de las elecciones del candidato liberal para la alcaldía de Segovia se le quiere dar la connotación de indicio de móvil para delinquir, cuál sería la regla de la experiencia que se tomaría en cuenta para inferir la autoría del inculcado, sobre todo si está probado que el sindicado no fue enemigo de la izquierda sino aliado de la misma.

Por todo ello, la defensa sostiene que la acusación tiene como único fundamento la declaración de Alonso de Jesús Baquero, alias "*Vladimir*", porque ningún otro medio de prueba avala ese artificioso testimonio. Este proceso empieza y termina con la declaración de oídas del mencionado individuo.

Aparte de la declaración del últimamente aludido, el expediente carece de cualquier posibilidad de demostrar con la seriedad que se requiere, la participación y responsabilidad del imputado. Ni siquiera, resalta la defensa, la acción se ejecutó contra militantes de la Unión Patriótica, para sostener que el móvil fue una respuesta contra sus militantes, pues si algo está claro es que los muertos no eran activistas de ese grupo político y que sólo uno pertenecía a la agrupación. Es más, si bien es cierto que ese partido fue objeto de persecución a nivel nacional, su exterminio no ocurrió en Segovia. Y tampoco fue el procesado quien con la finalidad de arrasar con la Unión Patriótica entró en contacto con los paramilitares para ejecutar los hechos investigados.

De otra parte, quienes rindieron testimonio expresaron que el enjuiciado no se llenaba de odios en las derrotas y no era engreído en los triunfos. Asumía las primeras y perseveraba para recuperar el poder incluso con alianzas; siempre manejó la contradicción civilizadamente y no se puede dudar, como se hace en la resolución de acusación, que propició alianzas entre los liberales y la Unión Patriótica.

Aun así, se ha querido atribuirle odio hacia sus adversarios y estigmatizarlo con posiciones políticas que no corresponden a su ideario, todo con fundamento en un editorial del diario *El Tiempo*, relacionado con su oposición al proyecto de indulto para el M-19. Ese tema por lo demás no guarda ninguna relación con la imputación que se le formuló y no se entiende por qué se aludió al mismo en la acusación, siendo que el procesado nunca estuvo en lo sustancial en desacuerdo con ese proyecto del cual fue ponente en la Cámara.

Como la declaración de alias "*Vladimir*" siempre ha estado en entredicho y las referencias de contexto y los indicios del móvil para delinquir son insuficientes para condenar al doctor PÉREZ GARCÍA, tardíamente se trajo

al proceso la declaración de Iván Roberto Duque, alias “Ernesto Báez” y de Fredy Rendón Herrera, alias “El Alemán”, dos confesos paramilitares que fueron especialmente controvertidos por la defensa y cuya credibilidad quedó en entredicho.

En últimas, lo único que queda es la declaración de alias “Vladimir”, que sólo se explica por su interés de obtener beneficios y rebajas de pena por los incontables crímenes con los que bañó de sangre a todo el país. Por eso hizo de su dudoso arrepentimiento un negocio para seguir acabando, no ya con la vida, sino con la dignidad, el buen nombre, la honra y la libertad de gente inocente como el inculpinado.

Ahora, el material probatorio que tuvo en cuenta la Corte para la formulación de acusación, si bien le sirvió a la Sala para elaborar el pliego de cargos bajo el parámetro de la exigencia de un conocimiento probable acerca de la responsabilidad del acusado, actualmente se ofrece insuficiente para llevar a la certeza que permita dictar una condena en contra de CÉSAR PÉREZ GARCÍA.

Pero si la Corte persiste en otorgarle credibilidad al único testigo de oídas y de referencia, tampoco en ese improbable supuesto podría proferir una sentencia condenatoria, porque no se conseguiría la certeza legal que como resquicio de la tarifa legal de pruebas negativa mantiene el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, aplicable por favorabilidad a este caso, al establecer el mandato de que “*la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia*”, en la medida que las imputaciones del único testigo de cargo, se basan en lo que supuestamente le habría comunicado Henry Pérez, siendo esta alusión la exclusiva prueba en contra del procesado.

Por lo anterior, el defensor y el vocero, solicitan que al no existir prueba idónea y suficiente para llegar a afirmar con un conocimiento más allá de toda duda, que el doctor CÉSAR PÉREZ GARCÍA es responsable de las conductas punibles por las cuales fue llamado a juicio, se profiera sentencia absolutoria por los cargos que le fueron imputados.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

**Primero. Competencia.** El tema se encuentra suficientemente dilucidado en este asunto, pero se reitera que con fundamento en los artículos 180 y 235 de la Constitución Política y 75, numeral 7 de la Ley 600 de 2000, la Sala de Casación Penal conoce de los procesos penales que se adelanten contra congresistas, tanto en la fase de la investigación como en la del juicio, siempre que la conducta punible que se les atribuya tenga relación con su función.

Según lo certificó el 20 de abril de 1994 el Sub secretario General de la Cámara de Representantes, CÉSAR AUGUSTO PÉREZ GARCÍA tomó posesión del cargo de representante a la cámara para los periodos constitucionales

1974-1978, 1982-1986, 1986-1990. 1990-1994 y 1991-1994, lo cual le otorga la competencia a la Sala de Casación Penal, en el entendido que existe una relación de imputación concreta entre los hechos investigados con el fin de consolidar a como fuera su hegemonía política, cuestión sin duda en la que influyó o de la que se valió el procesado, la función oficial desempeñada en ese momento.

Por lo mismo, la Sala reafirmó su competencia en la Audiencia Preparatoria llevada a cabo el 18 de julio de 2011, en la cual reiteró que:

*“la relación del delito con la función pública tiene lugar cuando se realiza por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo; esto es, que la conducta tenga origen en la actividad congresional, o sea su necesaria consecuencia, o que el ejercicio de las funciones propias del congresista se constituya en medio y oportunidad propicia para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de sus funciones.”*<sup>11</sup>

En consecuencia, la Sala, conforme lo ha expresado en el curso del proceso y ahora lo reitera, es competente para dictar el fallo de mérito en este proceso.

**Segundo.** De acuerdo con el artículo 232 de la ley 600 de 2000, *“no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.”*

Pues bien: Conceptualmente la expresión *“conducta punible”* que se emplea en el artículo citado, se refiere no a la comprobación del hecho como manifestación fenomenológica o un dato óptico que desde el punto de vista causal transforma el mundo exterior, sino a un juicio de adecuación típica de una conducta que lesiona o pone en riesgo un bien jurídico tutelado por la ley.

La Sala, a partir de esa noción, responderá las apreciaciones de la defensa en torno al desvalor del comportamiento, a los juicios provisionales que se han realizado en el curso del proceso y a las implicaciones por su configuración como delito de lesa humanidad.

En efecto: La defensa pone en tela de juicio la calificación jurídica de la conducta por la modificación que ha sufrido desde cuando el procesado fue vinculado al proceso, y estima que ni aún en la resolución de acusación se precisó con la singularidad que demanda un adecuado ejercicio del derecho de defensa, el comportamiento y las implicaciones jurídicas de la conducta por la cual PÉREZ GARCÍA fue convocado a juicio.

La Corte, por supuesto, no ignora que la calificación jurídica, mas no la imputación fáctica, ha sido objeto de modificaciones durante el trámite, todas explicables desde el punto de vista de la teoría del proceso que

---

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, radicado 31.653, auto de septiembre 1 de 2009.

concebe la adecuación típica como juicio provisional<sup>12</sup>, sujeta a variación de acuerdo con la dinámica de la investigación e incluso a interpretaciones de la norma penal desde una visión que, en este caso, se hace con fundamento en principios que la Constitución de 1991 incorporó al orden interno y que al momento de definir la situación jurídica, la fiscalía no tuvo en consideración.<sup>13</sup>

Lo expuesto acerca de la provisionalidad jurídica de la conducta, no es extraño en atención a que como método, entre estructuras formales y conceptuales, el proceso penal es un conjunto de actos sucesivos que a su vez dan inicio a otros, en el marco de una secuencia lógica y dialéctica destinada a la definición progresiva y vinculante de su objeto.

Empero, con fundamento en la supuesta inmutabilidad de la calificación jurídica provisional, el defensor denuncia una especie de infracción al derecho de defensa originada en su parecer en la incongruencia entre la resolución de acusación y otras decisiones que no se consideran leyes del proceso, tales como la definición de la situación jurídica o la que dispuso asumir la competencia. Sin embargo, esta apreciación es inadmisibles, por la provisionalidad de la calificación jurídica de la conducta,<sup>14</sup> y porque lo indispensable es que entre el acto condición – acusación – y la sentencia como acto final, exista congruencia fáctica y jurídica y se determine claramente el núcleo fáctico de la acusación, cuestión que por supuesto está por fuera de toda discusión.

En ese orden de ideas, la Sala quiere reafirmar la dimensión fáctica y jurídica del comportamiento que se imputa al doctor PÉREZ GARCÍA, desde la perspectiva de una interpretación que congloba los principios del derecho penal internacional y los de orden interno, teniendo como marco la necesaria tensión entre las garantías procesales debidas a los sujetos procesales y las definiciones de justicia que la sociedad en la hora actual de los derechos humanos reclama, según quedó plasmado entre otras decisiones en la audiencia preparatoria en la que se negó la petición de

---

<sup>12</sup> El artículo 338 de la ley 600 de 2000, dispone: “Formalidades de la indagatoria...A continuación se le interrogará sobre los hechos que originaron la vinculación y se le pondrá de presente la imputación jurídica provisional.”

El artículo 342 de la misma ley dispone...“Ampliación de indagatoria... También se ampliará la indagatoria cuando aparezcan fundamentos para modificar la imputación jurídica provisional”.

<sup>13</sup> La fiscalía al resolver la situación jurídica mediante medida de aseguramiento calificó la conducta como un concurso de conductas de homicidio y lesiones personales.

<sup>14</sup> El artículo 398 de la ley 600 de 2000, dispone en su numeral 3º, que la calificación jurídica es provisional; y el artículo 404 idem, confirma ese postulado, al dispone que: “Concluida la práctica de pruebas, si la calificación provisional dada a la conducta punible varió por error en la calificación o prueba sobreviniente respecto de un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva... (se resalta)

nulidad solicitada por la defensa y en la cual se determinó de manera clara y precisa la cuestión fáctica y los alcances jurídicos de la imputación.

Véase: A partir de la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a la Constitución Política, sus principios se convierten en parámetros vinculantes de interpretación de los derechos y deberes constitucionales. Por lo tanto, bajo esa consideración se deben apreciar los postulados básicos del derecho penal interno sobre los cuales se ha construido la legitimidad del derecho de penar – entre ellos el de legalidad e irretroactividad de la ley –, y las normas de derecho internacional que se refieren a los compromisos materiales de justicia, verdad y reparación ante graves infracciones contra derechos humanos fundamentales.<sup>15</sup>

En ese contexto se piensa que puede ser contradictorio que en aras de la justicia se cuestionen en su nombre principios del derecho penal demoliberal; sin embargo, esa antinomia sólo puede ser admisible a partir de una elaboración que tiene en cuenta la lectura de los textos legales desde una visión positivista que mira más al trazo lingüístico de la ley que a la realización material de principios y valores superiores.<sup>16</sup> En cambio, *“por la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad... el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del Derecho Internacional Humanitario con el fin de potenciar la realización material de dichos valores”*, lo cual implica que principios del derecho penal tradicional se afecten con mayor intensidad en aras de la realización de otros de mayor relevancia,

---

<sup>15</sup> *“... la toma en consideración de los principios y derechos incorporados en el bloque es necesaria, pues en el sistema de fuentes colombiano la constitución es norma de normas y debe aplicarse de manera preferente, por lo que el operador jurídico no solo debe inaplicar las normas contrarias a la Carta sino que, además, debe interpretar las leyes desde los principios y valores constitucionales. Y cuando se habla de la Constitución pues debe entenderse no solo el texto constitucional sino además los derechos y principios que se encuentran incorporados al Bloque de Constitucionalidad.”* Cfr. *Bloque de Constitucionalidad. Derechos Humanos y proceso penal*. Uprimmy Yepez, Rodrigo, pag. 65.

<sup>16</sup> *La Corte ha señalado al respecto lo siguiente: “Desde 1991, por fuerza de la normativización de la Constitución que antes se consideraba como un tema esencialmente político, la interpretación del derecho dejó de ser un problema de mera hermenéutica o de lógica de buena voluntad, razón por la cual hoy en día la ley solo puede tener sentido en la medida en que sus fórmulas realicen los valores y principios del texto Superior y los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad.*

*“Desde ese punto de vista, los principios, las categorías dogmáticas y los sistemas procesales no pueden considerarse a partir de interpretaciones que aíslen las normas que los definen para rescatar su sentido literal, sino desde sus fines constitucionales, de los cuales se destaca el de la construcción de un orden justo (Preámbulo Constitucional).”* Cfr. *Sentencia de Casación del 20 de octubre de 2005, radicado 24.026.*

como el de protección de la dignidad humana, fundamento de los Estados civilizados.<sup>17</sup>

En consecuencia, la incorporación de cláusulas internacionales de derechos humanos que giran en torno a la dignidad del ser humano como universo social y concepto ético, permiten una lectura distinta de los principios del derecho penal tradicional y un mayor nivel de protección penal ante graves atentados contra derechos humanos fundamentales, para no dejar de cumplir por defecto el principio de proporcionalidad. En ese sentido, es posible mantener la tipificación de la conducta y la pena vigente al momento de ejecución de la conducta y el desvalor de la misma pero apreciado en el momento de su persecución penal, con lo cual se articula el principio de legalidad penal tradicional y los cometidos de verdad, justicia y reparación, tan en la base del lenguaje del derecho penal internacional.

Desde este punto de vista es posible conferirle a delitos que en el ámbito del derecho penal común se denominan “homicidios” o “lesiones personales”, la categoría de delitos de lesa humanidad, tanto más si para la época de su comisión Colombia ya había suscrito tratados que acentúan la sistemática y generalidad del ataque como criterios diferenciadores entre un delito común y conductas que en el nivel de la macro criminalidad afectan de manera superlativa los derechos humanos.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> “Los principios no son normas que establezcan exactamente lo que debe hacerse, sino normas que exigen que ‘algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. El ámbito de lo jurídicamente posible está determinado por principios y reglas que juegan en sentido contrario.” Cr., Carlos Bernal Pulido. *El neo constitucionalismo y la normatividad del derecho*. Ed. Externado de Colombia.

<sup>18</sup> “...Colombia hace parte de ese acuerdo ecuménico para la lucha contra la impunidad frente a las más graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Su compromiso se refleja en el hecho de ser parte de los principales instrumentos internacionales que recogen el consenso internacional en esta materia y que han servido de base para la creación de la Corte Penal Internacional. Entre otros: i) Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, aprobada por la Ley 28 de 1959; ii) Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Ley 22 de 1981; iii) Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, aprobada como legislación interna por la Ley 76 de 1986; iv) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo aprobada por la Ley 74 de 1968; v) Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972; vi) Los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 5 de 1960: Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; vii) Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 11 de 1992; viii) Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 171

Claro, porque según lo ha definido la Sala, un delito de homicidio se cataloga crimen de lesa humanidad, no por la gravedad intrínseca que una conducta de tal naturaleza conlleva o por la importancia individual de la víctima, sino por la sistematicidad de su ejecución que en muchos casos devela una compleja operación criminal, que en este caso tuvo como objetivo el grupo político de la Unión Patriótica.<sup>19</sup> En eso no hay duda: la “Masacre de Segovia” no es un acontecimiento que se pueda separar de lo ocurrido en esa época en el contexto nacional, dado que se constituye en un episodio más de un conjunto de acciones que llevaron incluso al asilo a muchos dirigentes con el fin de salvar sus vidas, entre ellas la misma Rita Ivonne Areiza, ex alcaldesa del municipio escenario de los hechos.

La sistematicidad como componente esencial de la acción en el lenguaje de la infracción a los derechos humanos la ilustra con propiedad Hernán Mota Mota – miembro de ese partido y ex representante a la Cámara, exiliado por la persecución de que fue objeto –, como el epílogo de una serie de atentados contra ese grupo político, o Aída Abella, también asilada por su pertenencia a la exterminada Unión Patriótica, pese a que la totalidad de los muertos no pertenecían a esa colectividad.

En ese sentido, Aída Abella señaló:

*“... pero en el Meta era impresionante, nos asesinan al compañero Pedro Nel de la mano de su hija de nueve años. El la llevaba todos los días al Colegio, todavía no la había soltado de la mano, cuando lo asesinan ahí a la entrada del Colegio. Por supuesto que eran completamente coordinados, ensañados...”*

*... Haber en Antioquia no me acuerdo si fue el compañero Valencia, si fue en esa elección o fue en la otra, tal vez de todas maneras en esas elecciones empezaron a matarnos los concejales que salieron elegidos y el departamento de Antioquia fue, golpeadísimo, es imposible acordarse de cuáles eran los concejales que nos mataban. Pero yo si quiero hacer un capítulo con lo de Antioquia, con los planes “Retorno”, que fue otro de los planes, bueno pero un plan muy especial que fue el plan “Cóndor”<sup>20</sup>*

---

de 1994; ix) Convención sobre la represión y castigo del Apartheid aprobada por la Ley 26 de 1987; x) Convención Americana contra la Desaparición Forzada, incorporada a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 707 de 1994.

<sup>19</sup> “El carácter generalizado del ataque implica que debe ser masivo, frecuente o lo que es igual, dirigido contra una multiplicidad de víctimas, lo cual implica que la víctima es colectiva: el grupo objeto del ataque, de ahí que se emplea la palabra ‘población’, es decir, “el conjunto de personas que habitan la tierra o cualquier división geográfica de ella, o el conjunto de individuos de la misma especie que ocupan una misma área geográfica”, de manera que quienes cometen crímenes contra la humanidad tienen por objetivo a individuos sobre una base colectiva o no individualizada.” Cfr, Sentencia del 14 de agosto de 2012, radicado 36.981

<sup>20</sup> Declaración agosto 18 de 2010, folio 257 C.O. 2.

Y Mota Mota recordó:

*“... [la] masacre de Segovia fue un castigo en mi opinión a la población como resultado del ascenso electoral y político de la Unión Patriótica.... A mí me parece que es una relación muy elemental, seguramente si no hubiéramos ganado la alcaldía, si no hubiéramos alcanzado los siete escaños de los trece que conforman el concejo municipal de esa localidad, seguramente no hubiéramos sido objeto de la matanza de que fuimos víctimas y no se hubiera perpetrado la masacre en Segovia. Justamente fue por la presencia, por el ascenso electoral, social y político de la UP, como ocurrió en las demás regiones, como ocurrió en los Llanos orientales, como ocurrió en el Magdalena medio, como ocurrió en Santander, en el Tolima, en todas las partes donde tuvimos una destacada presencia como nueva fuerza política que irrumpe en el panorama nacional y local, manera que yo señalaba esto como un antecedente, como un registro histórico de las circunstancias más generales que rodean la masacre. Es un hecho objetivo que la Unión Patriótica ganó la alcaldía en esa municipalidad donde se produjo esa matanza, la masacre...”*<sup>21</sup>

Es más, la Corte Interamericana en decisión del 26 de mayo de 2010 se refirió a la sistematicidad del ataque como elemento central de acciones de las que fueron víctimas miembros de la Unión Patriótica, lo cual no deja dudas de la estructura y generalidad del ataque, elemento esencial en la configuración del delito de lesa humanidad.<sup>22</sup>

En efecto, según lo ha explicado la Corte, a la hora de establecer principios en el caso de graves infracciones a los derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad están asociados más que con la existencia de un conflicto armado o con la gravedad inherente de una determinada conducta, con la sistematicidad a manera de elemento material del ataque, y con el conocimiento como componente subjetivo de la acción<sup>23</sup>, características

<sup>21</sup> Declaración de Hernán Motta Motta, Cuaderno original 4 folio 44.

<sup>22</sup> En la sentencia mencionada, la Corte Interamericana en el caso *Manuel Cepeda vs. Colombia*, señaló: “En las fuentes disponibles no se encuentran cifras inequívocas sobre el número de personas víctimas de la violencia contra la UP. En 1995 los relatores especiales de Naciones Unidas sobre tortura y ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, habían señalado que desde 1985 la UP había perdido ‘a más de 2000 miembros, con inclusión de un senador, tres diputados de la Cámara baja y varios alcaldes y consejeros municipales, todos los cuales han sido asesinados por motivos políticos’... De un documento elaborado en 2008 para el programa Presidencial de Derechos Humanos de la Vicepresidencia de la república surge que, en el periodo 1984 1993, 540 homicidios corresponden a miembros de la UP con respecto al total de víctimas fatales y no fatales de violencia política entre 1984 y 1994, pues en promedio, las víctimas de la UP representan el 40% del total; aunque para los años 1986 y 1987 llegaron a representar casi el 60% del total de las víctimas...”

<sup>23</sup> “...el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, reitera la independencia del crimen de lesa humanidad con el conflicto armado, cualquiera que este sea, y determina su existencia a partir de las conductas enumeradas en el artículo 7°, siempre que se comentan con ocasión de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, lo cual

a las que con conocimiento de causa se refiere el ex representante Motta Motta en su declaración y la Corte Interamericana en la decisión indicada.

Por lo tanto, bien se expresó en la audiencia preparatoria al fijar de manera definitiva los límites de la imputación jurídica, el juicio de adecuación típica y la punibilidad tiene referente en disposiciones del decreto 100 de 1980, pero su valoración trasciende el bien jurídico de la vida e integridad en su consideración individual al incorporar la conducta como hecho social a un sistema de valores vinculado al respeto a los derechos humanos, lo cual también explicó la Sala.

En este sentido, el derecho comparado ha empleado estas alternativas con el objeto de superar decisiones formalmente correctas pero materialmente injustas, acudiendo a fórmulas sustanciales que encuentran en la filosofía de los derechos humanos un principio de valoración material de la antijuridicidad penal. Así, por ejemplo, en el caso contra el ex presidente Alberto Fujimori, la justicia peruana subsumió la conducta en los tipos penales de la legislación ordinaria, pero consideró, al igual como acá se sostiene, que los delitos imputados en atención a sus características trascienden su consideración estrictamente individual y por lo tanto se *“adecuan plenamente a lo que internacionalmente y en el momento de su persecución, se califica de crímenes de lesa humanidad.”*<sup>24</sup>

De manera que estas reflexiones no contemplan la conducta y sus implicaciones desde un perfil individual, sino de acuerdo con elaboraciones contemporáneas, las cuales incorporan la filosofía de los derechos humanos como elemento esencial de interpretación de la norma penal y de la antijuridicidad del comportamiento con el fin de superar soluciones formales que pueden conducir a intolerables lagunas de impunidad.

La Sala apreciará, en ese contexto, el comportamiento que se atribuye al doctor CÉSAR PÉREZ GARCÍA y determinará las conclusiones de acuerdo con ese marco jurídico.

**Tercero.** La defensa, según se ha señalado, cuestiona el testimonio de Alonso de Jesús Baquero, alias *“Vladimir”*, principal acusador del ex congresista aludido, desde varios puntos de vista, uno de los cuales consiste en tildarlo de ser un testigo de referencia que solamente después de varias intervenciones ante autoridades de distinto orden vinculó al procesado, en un hecho que el defensor asegura no planeó, ni sugirió que se cometiera.

Pues bien: El proceso penal busca la aproximación racional a la verdad y la correcta aplicación del derecho sustancial dentro del respeto de las garantías

---

*quiere decir que los delitos de lesa humanidad contienen un elemento material (ataque masivo o sistemático contra una población civil) y otro de orden subjetivo (el autor debe tener conocimiento de la existencia del ataque). Cfr, Ramelli Arteaga en el libro citado, páginas 272 a 278.*

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia de Perú, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V.19-2001.

constitucionales. Eso significa que esas finalidades tienen un límite material en la salvaguarda de los derechos de los sujetos procesales, y otro formal en la sana crítica, razón por la cual salvo por la ilegalidad o ilicitud del medio de prueba, de manera que mientras se respeten esos axiomas, no existe tarifa legal alguna que excluya de antemano ningún medio de convicción, según lo dispone el principio de libertad probatoria.<sup>25</sup>

Con todo, la defensa insiste en que el testimonio de Alonso de Jesús Baquero, es de oídas o de referencia, y por lo tanto por virtud de la aplicación favorable del artículo 381 de la ley 906 de 2004, insuficiente para dictar sentencia condenatoria contra su defendido, teniendo en cuenta que esta norma dispone que *“la sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en pruebas de referencia.”*

De una vez se debe advertir que el testimonio del mencionado no se puede apreciar desde la perspectiva que la defensa propone, para adscribirlo a una categoría con el propósito de demandar la absolución del sindicado, pero aún si se aceptase que fuese testigo de referencia, no se podría aplicar la regla negativa cuya aplicación favorable se reclama, pues no se trata de un testigo único y de otra parte no existe afinidad dogmática de instituciones cuya aplicación por favorabilidad se demanda.

En ese sentido, la Sala ha señalado que por virtud del principio de favorabilidad, normas de la ley 906 de 2004 pueden aplicarse a asuntos que se tramitan con base en el sistema de la ley 600 de 2000, a condición de que las instituciones sean afines a los dos sistemas.<sup>26</sup> Pero eso no significa que bajo esa reflexión, las reglas de apreciación probatoria se puedan considerar una institución común a los dos sistemas, teniendo en cuenta que el método de investigación, de producción de la prueba y el principio de inmediatez, son sustancialmente distintos en los sistemas procesales indicados.

En efecto: En el proceso penal de la ley 600 de 2000, la prueba se produce desde la fase de indagación preliminar, y por supuesto a partir del instante en que se declara formalmente abierta la investigación penal, sin necesidad de que se repita en el juicio, pues impera el principio de permanencia de la prueba, a condición de que los sujetos procesales hayan tenido la posibilidad jurídica de controvertirla (artículo 401 de la ley 600 de 2000).<sup>27</sup> En cambio, en el sistema procesal de la ley 906 de 2004 se realizan “actos de investigación”, de manera que por regla general únicamente se considera prueba la que se practica en

---

<sup>25</sup> Al respecto, la Sala ha sostenido que: *“ el principio de libertad probatoria, de acuerdo con el cual, los elementos constitutivos de la conducta punible y la responsabilidad del procesado, entre otros aspectos, pueden ser demostrados con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija una prueba especial para ello, situación que no es dable predicar para el presente caso.”* Cfr. auto del 4 de mayo de 2010, radicado 34003.

<sup>26</sup> Radicado 24959 del 16 de marzo de 2006, entre otras.

<sup>27</sup> Segunda Instancia Rad. 36402 del 5 de septiembre de 2011.

el juicio (artículo 374), y por ello es imperativa la cláusula según la cual la *“sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en pruebas de referencia.”*

Esa afirmación tiene razón de ser en el principio de contradicción como condición axiológica de la controversia procesal, debido a que en la ley 600 de 2000 la confrontación es continua, mientras que en la ley 906 de 2004 se concentra en el juicio penal, por principio único escenario en que se materializa la prueba como medio de aproximación racional a la verdad. Por lo mismo, según el artículo 437 de la ley indicada, es prueba de referencia toda declaración realizada por fuera del juicio oral, no tanto por el momento en que se produce, sino por la imposibilidad de controvertirla en la vista verbal, por regla general, fase normal de producción de la prueba, con excepción de lo regulado en torno de la prueba anticipada.

En conclusión, aparte de que no se trata de un testigo único, la epistemología en que se sustenta la aproximación racional a la verdad y el distinto fundamento de los principios de contradicción y de intermediación, impide la aplicación de las normas de la ley 906 de 2004 que la defensa demanda.

**Cuarto.** Nadie discute, porque es un hecho que no requiere mayores reflexiones, el homicidio de varias personas y las lesiones de otras por parte de escuadrones de la muerte la noche del 11 de noviembre de 1988 en el municipio de Segovia, acontecimiento que por sus efectos simbólicos en el quehacer social y político de esa región y de la nación toda, se constituyó en un episodio de dimensiones superlativas, cuya apreciación desde el punto de vista penal implica superar los umbrales de reflexión que ordinariamente se emplean para analizar conductas de la llamada delincuencia convencional, debido al alto contenido de intolerancia y a la incidencia en la política de preservación de los derechos humanos como imperativo ético de un Estado democrático.

En ese orden, el análisis de la conducta requiere aprehender las circunstancias históricas, políticas y sociales que rodean el comportamiento y apreciar la prueba de acuerdo a como actúan los llamados *“escuadrones de la muerte”* o *“grupos armados por fuera de la ley”*, con el fin de superar arquetipos convencionales que sin consideración al contexto, pretenden restarle crédito al principal testigo encasillándolo en clasificaciones formales con el fin de cuestionar su credibilidad, muy a pesar de que quien declaró en contra del procesado fue el ejecutor de la *“masacre”* y no un sujeto extraño que hubiese conocido de ella por lo que le dijeron o le contaron, sino por lo que vivió.

Pues bien: El Municipio de Segovia, recuérdese, hace parte del nordeste antioqueño, una zona convulsionada social y políticamente por la presencia de múltiples grupos armados ilegales de las más diversas tendencias; al punto que, precisamente en 1988, y aún antes, como consecuencia de tantos procesos políticos fallidos, las agudas contradicciones dejaron en evidencia la intemperancia de grupos de ultraderecha frente a partidos que al decir de unos, tenían respaldo de organizaciones subversivas y que en nombre

de la Unión Patriótica irrumpieron en el escenario político para entonces dominado, según había sido la tradición, por dos partidos proverbiales.

En efecto, Segovia conjuga la historia de caciquismos y de liderazgos locales, compatibles con un orden constitucional excluyente y centenario que limitaba la participación política. Por eso no es extraño que Julio César Restrepo Cadavid con razón ilustre la situación social y el entorno del poder local en los siguientes términos: “...y se fueron volviendo como caciques, entonces allá quedó el señor **César Pérez García**; allá pues como líder de esa región de allá y a nivel local pues el más cacique era un señor Sigifredo Zapata, que era como decir la mano derecha de ese señor que todo lo que pasaba allá ahí mismo llamaba hablar con él... Si porque el señor Pérez era como decir el cacique político de la región y el señor Sigifredo era como el cacique local, entonces los alcaldes los nombraba la secretaría de gobierno departamental, entonces el tipo se disfrazaba. El era latonero y mecánico, pues el Sigifredo, entonces él se ponía su ropa de trabajo y se paraba en la esquina a ver y si el alcalde no funcionaba como él decía él llamaba a **César Pérez** y el alcalde ahí mismo lo cambiaban... Eso era un conocimiento general allá en el pueblo...”<sup>28</sup>

O, en palabras de Javier Ávila: “Lo que pasa es que él era el jefe político de toda la zona y entonces él ponía los alcaldes, cierto. El gobernador de turno le apoyaba esos alcaldes y eso se veía en casi todos los municipios donde el partido liberal, el partido conservador estaba ahí y se presentaban esos cambios, cierto. Como eran nombrados a dedo, digamos, entonces se presentaban y él era un político o ha sido un político muy importante y entonces él en todo el nordeste tenía casi todos los alcaldes eran de él...”<sup>29</sup>

En ese escenario político y pese a la estigmatización del grupo como un partido vinculado con organizaciones ilegales de izquierda, la Unión Patriótica logró en la primera elección popular de alcaldes en 1988, elegir a Rita Ivonne Tobón Areiza y a siete de trece concejales, y romper la hegemonía del partido liberal que CÉSAR PÉREZ GARCÍA dirigió por años con inocultables réditos políticos, hecho impensable en el concierto de una práctica que por buen tiempo le había negado a fuerzas distintas a las convencionales la posibilidad de acceder al gobierno local.

Este hecho, trascendental en la vida política de Segovia y en su imaginario colectivo, se convirtió en detonante de la intolerancia y pronto grupos de ultraderecha que desdennan del pluralismo y de la política como factor de inclusión social, notificaron a nombre del denominado movimiento “*Muerte a Revolucionarios del Nordeste*”, que no habría paz política mientras los “*idearios democráticos*” estuviesen en peligro por la incursión de nuevas fuerzas políticas que en su criterio tenían afinidad con grupos ilegales de izquierda.

<sup>28</sup> Declaración **Julio César Restrepo Cadavid**, Cuaderno Original 2, folio 232.

<sup>29</sup> Declaración **Javier Ávila**, Cuaderno Original 4, folio 215.

En ese contexto, el panfleto en el cual se hacía alusión a la corriente atrás indicada –*Muerte a los Revolucionarios del Nordeste*– explícitamente mencionaba al doctor CÉSAR PÉREZ GARCÍA, hecho al cual la defensa le resta importancia porque ese documento también se refería al Presidente de Estados Unidos Ronald Reagan y a otros personajes de igual jerarquía, que en su criterio no le aporta nada sustancial a la investigación.

Si se considera únicamente las referencias a personajes como el Presidente de los Estados Unidos de América, el escrito posiblemente no aportaría mayores elementos de juicio, pero si se mira como expresión de una política antidemocrática, adquiere una consideración especial; tanto que al tiempo con la aparición de ese documento arreciaron los hostigamientos contra la población civil, líderes de la Unión Patriótica<sup>30</sup> y del partido liberal que apoyaron a esa facción política, lo cual demuestra desde el comienzo que la acción posterior fue eminentemente selectiva.<sup>31</sup>

A esta situación también se refiere la ex alcaldesa Rita Ivonne Tobón Areiza, elegida en nombre de la Unión Patriótica, quien más allá de su vehemente imputación en la audiencia pública contra el procesado, contó las amenazas de todo orden contra la Unión Patriótica, y cómo Sigifredo Zapata, político cercano a la cuerda del procesado, tomó un panfleto en el que se informaba del accionar del grupo “*Muerte a Revolucionarios del Nordeste*”, y lo exhibió proclamando que era el principio de la recuperación de Segovia por parte de su “*jefe político*”.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Prueba del hostigamiento lo constituye el telegrama enviado por Juan de la Cruz Mazo Hernández, Presidente del Concejo Municipal de Segovia, el 1 de noviembre de 1988, diez días antes de la Masacre, al Procurador General de la Nación, en el cual señalaba: “Por segunda vez antes de que el Municipio de Segovia y regiones vecinas se conviertan en zonas como el Urabá y Magdalena Medio, denunciemos atropellos, instigamientos (sic) a alcaldesa, concejales Unión Patriótica, militantes de la UP, Partido Comunista y población civil, por parte de Fuerzas Armadas de Colombia (Ejército) y grupos paramilitares, Muerte a revolucionarios del Nordeste M.R.N, y similares, mediante boletines amenazantes y otros concejales Unión Patriótica, por intermedio Presidencia del Concejo, solicitamos desplazar una Comisión Procuraduría. **No permita señor Procurador que por falta de atención a denuncias claras, Segovia sea otra Mejor Esquina del país. Atienda nuestro llamado, aún no es tarde.**”

<sup>31</sup> Ana Rosa Cadavid Vda. De Restrepo, esposa del dirigente liberal Carlos Enrique Restrepo Cadavid, en su declaración del 15 de noviembre de 1988, para indicar la selectividad con que actuaron los ejecutores de los homicidios, “... entonces ahí mismo tocaron la puerta de Emilio Cano, le dieron dos golpes con las escopetas, entonces un muchachito de esa casa que no se como se llama, oyó que uno de ellos dijo, ahí no es, es en esta y señalaron la casa mía. Entonces ahí mismo nos gritaron de la calle abra la hijueputa puerta...”.

<sup>32</sup> “... y para referirme al nordeste de Antioquia, nosotros obtuvimos una muy buena votación, siendo los primeros comicios en los que participábamos. El riesgo para el partido liberal se empezó a sentir y ellos nos hicieron sentir su miedo con la creación del MRN y el MRN empezó a amenazar a la población civil en el Parque de Segovia. Aparecieron panfletos que

De manera que la importancia del volante del movimiento en cuestión y otros de similar contenido, apreciados en el contexto social y político de los años 80 en Segovia, consiste en demostrar los altos niveles de confrontación y la intolerancia que se generó por el triunfo de la Unión Patriótica, a lo cual, por lo visto, no eran ajenos los líderes de los movimientos derrotados, pues no en vano Rita Ivonne Tobón Areiza, la recién elegida alcaldesa de ese lugar, pudo percibir directamente las amenazas contra la población civil.<sup>33</sup>

En efecto: El manifiesto de ese movimiento de ultraderecha y los actos de hostigamiento anteriores, se constituyen en mojonos de una política de acoso contra la población civil, auspiciada incluso por agentes estatales que impidieron cualquier posibilidad de legitimación por la desviación de funcionarios que, en lugar de preservar la vida y los espacios democráticos, propiciaron conductas ilícitas bajo equivocadas concepciones de Estado y de Justicia, apoyando a los autores de la masacre, según la judicatura tuvo ocasión de pronunciarse.

En ese sentido, no se puede perder de vista que algunos oficiales del Ejército Nacional facilitaron la ejecución de los nefastos hechos de la noche del 11 de noviembre de 1988, con lo cual la intimidación a quienes optaron por políticas distintas, según lo decía el impreso del Movimiento *"Muerte a revolucionarios del Nordeste"*, no fue una amenaza carente de realidad o una actitud simbólica sin contenido alguno, como la defensa pretende demostrarlo resaltando la alusión que en él se hace a personajes de talla internacional.

Por consiguiente, el manifiesto permite entender – y esa es una faceta de su gran utilidad – el contexto social, histórico y político en que se produce la matanza del 11 de noviembre de 1988 en Segovia y comprender las siempre inexplicables connotaciones de un hecho que surge de personajes que desde la ultraderecha con el apoyo de agentes estatales, no estaban dispuestos a ceder espacios a una organización que, desde su particular punto de vista, tenía afinidades políticas con organizaciones o grupos al margen de la ley.

---

*decían hemos creado el MRN para recuperar esta región, guerrilleros y comunistas HP se tendrán que ir o van a morir...." Declaración de Rita Ivonne Tobón Areiza, agosto 16 de 2010 folio 242 C.O. 2.*

<sup>33</sup> "... luego después de la primera elección de alcaldes, aparecen otros donde dicen que ellos defienden y están por Humberto, no recuerdo el apellido, que había salido alcalde por Remedios y por el doctor César Pérez García, y para ello contamos con el apoyo de Sigifredo Zapata, baluarte de César Pérez en el nordeste antioqueño. En ese tiempo Sigifredo Zapata cogió un panfleto y decía, "ya ve lo que vamos a hacer" En el Parque de Segovia dijo esto no es más que el principio. Para todo el mundo era claro algo que todo el mundo repitió siempre y que era una certeza: que toda esta orientación venía de César Pérez." *Declaración de Rita Ivonne Tobón Areiza, agosto 16 de 2010 folio 242 C.O. 2.*

De manera que la llamada “*Masacre de Segovia*” – como se ha dado en denominar para la historia semejante vejamen contra la población civil –, sucede en un marco conflictivo, es decir, en medio de un conjunto de circunstancias propiciadas por grupos de paramilitares o escuadrones de la muerte e incluso actores institucionales del más diverso orden. En ese sentido, se ha indicado, la justicia probó la vinculación de orgánicos del Ejército Nacional en la acción de Segovia<sup>34</sup> y estancias de mercenarios en el Batallón Bomboná, hechos que se constituyen en antecedentes inmediatos de un acuerdo siniestro que Alonso de Jesús Baquero, alias “*Vladimir*”, ejecutó y que pese al pacto de silencio propio de estas organizaciones, años después dio a conocer a la justicia.

En este margen, por la confluencia de actores de todo orden en la ideación, planificación y ejecución del operativo ilegal, se puede concluir que la acción fue realizada por un colectivo criminal que desde la perspectiva dogmática se cataloga como un grupo armado al margen de la ley. Por lo tanto, ninguna duda cabe de que quienes concurrieron a la ejecución de la “*masacre*” se concertaron previamente y de esa manera incurrieron en la comisión del delito de concierto para delinquir, conducta reprimida con la mayor severidad mediante disposiciones dictadas en ese momento al amparo del “*Estado de Sitio*”, en relación con estructuras de sicarios y organizaciones terroristas, precisamente con el fin de enfrentar graves atentados contra la población civil.<sup>35</sup>

Es decir, el acusado asumió los propósitos que motivaron al grupo ilegal, sobre todo, la persecución que realizaban contra los grupos subversivos, la población que eventualmente los apoyaba y, de manera más concreta, los militantes y partidarios (población civil) de la Unión Patriótica, disidentes de la tradición política impuesta en las regiones por los partidos políticos tradicionales, como es el caso del partido liberal que lideraba César Pérez García en la región de Segovia, de modo que el concierto para delinquir es incuestionable.

---

<sup>34</sup> *Alonso de Jesús Baquero*, acerca de la vinculación de orgánicos del Ejército Nacional con las autodefensas y la llamada *Masacre de Segovia*, señaló: “Henry Pérez me dio la orden de hacer la vuelta en Segovia, mejor no me dio la orden sino que dijo que qué pasaba en Segovia que yo no le había metido el diente a esa área, entonces yo le expliqué los motivos que eso estaba muy organizado por la guerrilla y que tocaba con despacio. Entonces me dijo Henry que nada, que la misión mía era hacer en esos días la masacre en Segovia y ahí fue cuando yo me reuní con *Navas Rubio*.”

<sup>35</sup> Entre las razones que se ofrecieron en el decreto 1038 de 1984 para declarar turbado el Orden Público y el Estado de Sitio en todo el territorio nacional de conformidad con el artículo 121 de la Constitución de 1986, se señaló la necesidad de enfrentar actos contra el Orden Constitucional y la Población civil por la operación de grupos armados al margen de la ley. En esa línea, el artículo 7 del decreto 180 de 1988, señaló que el que forme parte de un grupo de sicarios o de una organización terrorista, incurriría por ese solo hecho en una pena de 10 a 15 años de prisión.

En este sentido, como se alcanza a comprender, una de las mayores preocupaciones de ese momento, era enfrentar la acción de grupos armados al margen de la ley, para lo cual precisamente se diseñó una legislación de emergencia por los nefastos efectos de la acción de estas organizaciones contra la seguridad pública, bien jurídico institucional que se concibe en el modelo de Estado democrático como un escenario esencial para garantizar los ámbitos de libertad y el ejercicio de los derechos fundamentales.<sup>36</sup>

En consecuencia, la confluencia de actores de todo orden en la planificación, preparación y ejecución del operativo ilegal, indica que la acción fue realizada por un colectivo ilegal armado con una tradición histórica que por el solo hecho de su conformación puso en riesgo la seguridad pública, y cuyo trasegar en la geografía nacional con la finalidad de atacar grupos sociales y políticos contrarios al ideario de las autodefensas, aumentó el riesgo contra las condiciones mínimas de seguridad indispensables para el ejercicio de derechos fundamentales.

Es más, la consideración que ha hecho la Sala de los acontecimientos ocurridos en el municipio de Segovia como delitos de lesa humanidad, en atención a que este suceso fue consecuencia de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil, supone necesariamente un acuerdo de voluntades que permanece en el tiempo y que afecta la seguridad pública, bien jurídico cuyo riesgo se incrementó por la persistencia de las acciones de este grupo ilegal.

De la persistencia del acuerdo y de los nexos entre CÉSAR PÉREZ GARCÍA y éste tipo de grupos ilegales, hablan con propiedad Iván Roberto Duque y Daniel Rendón Herrera, de manera que no se puede decir que PÉREZ GARCÍA participó de un segmento de una acción ejecutada por un colectivo ilegal, sino que fue parte de un acuerdo que perduró en el tiempo y que incrementó, por ese solo hecho, el riesgo contra la seguridad pública como bien jurídico funcional.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> *“El problema que toda cultura, sociedad o Estado debe resolver es trazar los límites, dentro de los cuáles el ser humano puede ejercer esa libertad. Esta delimitación de los márgenes, dentro de los cuales se permite el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la libertad por parte de los individuos, se llama ‘seguridad’. Esta no es más que la expectativa que podemos razonablemente tener de que no vamos a ser expuestos a peligros o ataques en nuestros bienes jurídicos por parte de otras personas.”*

<sup>37</sup> La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 23 de septiembre de 2003, Radicado 19712 señaló: *“... la conducta punible de concierto para delinquir es un acuerdo de voluntades para cometer delitos indeterminados, el cual para su existencia basta con la comprobación del pacto de asociación delictiva de manera permanente, sin que sea necesario particularizar los medios que se van a emplear. Distinto acontece con la comisión de delitos en concreto, en la que se planifica cómo va a efectuarse cada uno de estos.”* A su vez, el mismo Alto Tribunal en decisión del 22 de julio de 2009, radicado 27852 puntualizó: *“Condición esencial para la configuración de esta especie delictiva es, por tanto, la creación de una asociación*

De otra parte, el contexto en que se produjo la conducta y la manera como se cumplió el plan, demuestran que se trató de una típica operación de grupos armados al margen de la ley que actúan bajo una unidad de mando jerarquizada en la que no existe, la mayoría de las veces, ni siquiera el más leve contacto entre el ejecutor material y quien imparte la orden, aspecto sustancial para apreciar el testimonio de alias “Vladimir”, del cual la defensa se vale para catalogarlo como testigo de oídas y de referencia en orden a cuestionar su credibilidad.

De modo que si la llamada “Masacre de Segovia” fue ejecutada por un grupo armado por fuera de la ley, es posible afirmar que no necesariamente tiene que existir una relación directa entre el que ordena, sugiere, manda o imparte la orden, y el que ejecuta la conducta, tema que desde la postguerra ha permitido atribuir responsabilidad a aquel que detenta el poder de impulsar o pausar la acción a su antojo o conveniencia, pese a que no exista contacto directo con el ejecutor material.

En esa medida, la apreciación de la declaración de Alonso de Jesús Baquero con cánones tradicionales que encuentran en la relación directa entre quien imparte la orden y quien la ejecuta, el único fundamento admisible de aproximación racional a la verdad, es insuficiente para juzgar complejas modalidades de criminalidad que no corresponden a estereotipos de la llamada delincuencia convencional, máxime si en este caso, la declaración de alias “Vladimir” encuentra respaldo en la versión de Iván Roberto Duque y Fredy Rendón Herrera, quienes se refieren a los vínculos entre CÉSAR PÉREZ GARCÍA, Fidel Castaño y Henry de Jesús Pérez, gestores también de la masacre, lo cual refuerza la credibilidad de la declaración de aquél.

---

*u organización para violar la ley penal, estructura que presupone, a su vez, la confluencia de varios elementos, (i) un número plural de personas, (ii) un acuerdo de voluntades que convoque a los asociados alrededor de un mismo fin, y (iii) la proyección de la organización en el tiempo con carácter de permanencia.”* Por su parte, La Corte Constitucional en relación con los elementos constitutivos del delito de concierto para delinquir señaló en la Sentencia C 241 de 1997 lo siguiente: “*Cuando se señala como elemento constitutivo esencial del concierto para delinquir, que la sociedad sceleris pretenda la comisión de “delitos indeterminados”, ello no puede interpretarse en el sentido de que el tipo penal se desvirtúa si la organización criminal se especializa en la comisión de un determinado tipo de delitos; la indeterminación que señala la doctrina como esencial para que se configure el delito del concierto, se refiere a la disposición de los sujetos activos del delito, de trascender la mera comisión en un espacio y tiempo determinados, de uno o varios y específicos hechos punibles, caso en el cual se configura la coparticipación, pues el rasgo distintivo del tipo penal que se analiza es el carácter permanente de la organización que se dedica sistemáticamente a las actividades delictivas, la cual opera como una empresa organizada, que como tal se “especializa” en determinadas conductas.*

Es más, si se acepta que quien tiene el dominio sobre la organización, o que él u otro en su nombre puede impartir órdenes vinculantes que desembocan en la ejecución de un delito por parte del autor inmediato que hace parte de una estructura ilegal jerarquizada, es posible comprender que las órdenes del “Estado mayor” se cumplen sin que sea necesaria la comunicación directa entre quien imparte la orden y el ejecutor, o que no necesariamente entre quien determina al jefe de una organización y el autor material debe existir una relación directa e inmediata, lo cual explica que alias “Vladimir” haya recibido órdenes de sus superiores sin tener contacto con el determinador de la conducta. Además, es bueno destacar otros aspectos referidos al testimonio que rindiera Alonso de Jesús Baquero, con miras a establecer que su dicho coincide con varios de los episodios narrados por otros declarantes, lo cual permite predicar del mismo que, según se viene afirmando, no es insular según lo sugiere la defensa, y de otro lado, que existen hechos y circunstancias que fueron escuchadas en el proceso mucho antes que “Vladimir” rindiera su versión y en las que se mencionan aspectos que vinculan al político liberal, lo cual permite darle soporte y una mayor envergadura a las atestaciones que ofreciera Baquero. Por ello resulta claro que la Sala, como ya se anunciara, le otorgue pleno crédito a sus afirmaciones porque no surgen de la fantasía del deponente sino que encuentran apoyo en episodios narrados por otros actores del proceso.

En efecto: Uno de los más recurrentes argumentos de la defensa para desestimar las afirmaciones de Alonso de Jesús Baquero es que su testimonio es producto de la ficción y que toda la investigación se soporta o nace en contra de CÉSAR PÉREZ GARCÍA, una vez se rinde el testimonio amañado de este testigo; en ese entendido se afirmó “*que todo empieza y termina con el testimonio de Vladimir*”, lo cual no es fundado.

Veamos: concurren testimonios de diferentes personas que confluyen a demostrar la responsabilidad del procesado en los hechos que dejan sin sustento las tesis defensivas esgrimidas, ya que en la construcción de las mismas se obviaron, convenientemente, algunas de estas versiones que permiten dar un giro a la investigación para afianzar el compromiso del procesado en los hechos.

Por ello, la vinculación del político con el episodio delictivo no surge exclusivamente de la declaración de “Vladimir”; no todo comienza y termina con él, porque mucho antes ya se escuchaba el nombre de CÉSAR PÉREZ GARCÍA en calidad de gestor de los hechos.

Resulta de vital importancia esta situación en el entendido que lo construido en el expediente no surge a partir del “*veleidoso declarante*”, según lo refiere la defensa en conjunto, sino que sus manifestaciones son una parte del recaudo probatorio que se encuentra en el proceso y que permite, al construir un análisis armónico, determinar no sólo los artífices de la comisión sino a quienes actuaron en la sombra para acordar la realización de estos hechos,

amparándose como el acá investigado, en su prestancia, que para la época ostentaba en el concierto local, departamental y aún nacional.

De otra parte, la crítica testimonial señala que en principio es más veraz la declaración de quien percibe directamente los hechos que el testimonio de aquel que obtiene el conocimiento indirectamente. Pero eso no significa, aún de aceptar que el testimonio de Alonso de Jesús Baquero fuese único y de referencia, cuestión que por supuesto es de muy dudosa recepción, que se deba desestimar, pues no existe ninguna tarifa legal o regla científica o de experiencia que así lo imponga y de allí que su apreciación quede al cabal juicio de la sana crítica (artículo 282 de la ley 600 de 2000).

La defensa reitera a lo largo de su exposición que el testimonio de Alonso de Jesús Baquero, alias "*Vladimir*", es tardío, interesado, único y de referencia, características que en su criterio desdican de su credibilidad. Tardío porque fue después de muchos años que decidió vincular a CÉSAR PÉREZ GARCÍA con la "*Masacre de Segovia*"; interesado pues lo hizo con el afán de obtener beneficios judiciales; único toda vez que aparte de él nadie con conocimiento de causa sabe de la participación del acusado en semejantes hechos, de manera que "*todo comienza y termina en sus decires*"; y de oídas, en cuanto que el testigo lo que narra lo hace porque otros al parecer le dijeron que el acusado propició el operativo.

Es cierto que Alonso de Jesús Baquero no mencionó en sus primeras intervenciones al citado ni a otros e inclusive no aceptó que hubiese dirigido la acción delincencial, pese a que habitantes de Segovia lo señalaron como el jefe de la cuadrilla de paramilitares que sembró el pánico y la muerte el 11 de noviembre de 1988. Solamente ante la identificación de varias personas que lo distinguían con el alias de "*Alfredo*", según se le conocía en las filas de la guerrilla, facción a la cual perteneció antes de involucrarse con otros grupos sin la menor afinidad ideológica, confesó siete años después su participación.

De manera que por no haber aceptado su participación desde la primera vez cuando concurrió ante la Procuraduría General de la Nación o no delatar a los principales artífices de la "*masacre*", su confesión no merece credibilidad. Al contrario, la regla de la experiencia indica que no siempre quien ha cometido un delito lo acepta ante la justicia. Es más, generalmente se admite que ante la carga que tiene el Estado de demostrar la responsabilidad, quien está comprometido en un hecho delictual usualmente niega su vinculación con los actos que se le imputan. En ese sentido, la admisión tardía de responsabilidad de "*Vladimir*" es explicable y ello en sí mismo no afecta su credibilidad ni su contenido.

Tampoco es esencial para descartar la veracidad del testigo su interés por obtener beneficios legales, pues aún cuando alias "*Vladimir*" hubiese admitido su responsabilidad y la intervención de otros con fines utilitaristas, ese propósito no permite desestimar de antemano su aptitud probatoria,

aun cuando esa “singularidad”, que es como el artículo 277 de la ley 600 se refiere a esas circunstancias, obliga a emplear mayor agudeza y reflexión en procura de establecer el mérito y la credibilidad del declarante.

Al respecto la Sala ha sostenido:

*“...Por tanto, sin dificultad se colige que no todo aquél que concurre a suministrar información sobre la comisión de delitos es necesariamente veraz o ineludiblemente embustero, pues en cada caso concreto corresponderá establecer, con independencia de que la recompensa se entregue o no, si lo expuesto encuentra soporte en el mundo exterior. (...). No se aviene con el estado actual de la situación del país y con las peculiaridades de delitos como los que motivaron este diligenciamiento, restar mérito suasorio a quienes informan a las autoridades datos exactos y verificados, por el solo hecho de que se les haya prometido la entrega de recompensas económicas o beneficios punitivos, o dicho de otra manera, no es la ausencia del provecho lo que dota de credibilidad a los testimonios, sino la constatación de que lo expuesto encuentra soporte en otros medios de prueba.”<sup>38</sup>*

*“...Ahora bien: la tesis de ilegalidad del medio de convicción la intentó el defensor desde la tesis insostenible de que provenía de un “reinsertado” que buscaba conseguir beneficios. Una circunstancia así no torna inválida la prueba como tampoco la retractación. Son aspectos a tener en cuenta al apreciar el funcionario judicial la evidencia, cuya descalificación categórica hecha por el censor, opuesta a la conclusión expresada en el fallo, no demuestra la configuración de ningún error trascendente del juzgador. ... (1) Así lo sostuvo la Corte en el auto de casación del 14 de febrero de 2006 (radicación 23.639) y se recordó en el del 14 de septiembre de 2009 (radicación 32.126)...”<sup>39</sup>*

*“...4. En primer lugar, la premisa planteada por el censor carece de las notas características de generalidad y universalidad, consustanciales a las reglas de la experiencia, pues no puede afirmarse, como lo hace el demandante, que siempre que alguien declara condicionado a la obtención de beneficios por colaboración, mentirá en su testimonio...”<sup>40</sup>.*

Ahora: Está probado en el expediente que en torno a lo expresado por Alonso de Jesús Baquero ha girado buena parte de lo que se ha dado en llamar la “línea lógica de investigación”, debido a que es él quien, no solo en este proceso, sino en otros, ha dado a conocer los elementos necesarios para hacer un juicio político y jurídico de la llamada “Masacre de Segovia”, comprender sus implicaciones históricas, el compromiso de agentes del Estado, sus nexos perversos con organizaciones armadas al margen de la ley y el grado de participación de los principales artífices del operativo demencial, confirmando lo que los habitantes de Segovia sabían y los líderes locales conocían. Por consiguiente y según se dijo en la acusación,

<sup>38</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación 19-02-2009, Rad. 31077.

<sup>39</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Casación 17-06-2010, Rad. 33734.

<sup>40</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, Casación 24-02-2010, Rad. 31946.

no puede desestimarse en este caso si fue trascendente para determinar la responsabilidad de otros en procesos diferentes.

Con todo, en orden a demeritar la credibilidad del testigo, la defensa considera inexplicable que muchos años después de la “*masacre*”, Alonso de Jesús Baquero, o “*Vladimir*” se refiriera a CÉSAR PÉREZ GARCÍA, no porque supiera de su real participación, sino porque en su decir, fue informado por Henry Pérez, del interés que tenía en restaurar su poder político en Segovia, algo que para el defensor no es admisible.

Como se ha explicado, la declaración de Alonso de Jesús Baquero no se puede apreciar con reglas convencionales ni menos catalogarla prueba de referencia. Si se admite que es testigo de oídas quien conoce de los hechos que se investigan porque alguien le comentó lo que ocurrió, la declaración de Alonso de Jesús Baquero no se puede adscribir a esa categoría, entre otras razones porque él no fue cualquier actor, sino el ejecutor del operativo criminal, quien precisamente por esa condición debía conocer todos los pormenores de la acción y quienes eran los gestores de la misma, según se lo hizo saber Henry de Jesús Pérez exhibiéndole una grabación entre los principales actores, incluido por supuesto CÉSAR PÉREZ GARCÍA.

En este punto debe resaltarse que la esposa de Henry Pérez, Luz Marina Ruiz Gómez, en la audiencia pública dio fe de la costumbre que tenía el jefe paramilitar de grabar a sus contertulios, agregándose que no es extraño que este le hubiera dado a conocer al testigo esa grabación dada la confianza que rodeaba el trato entre los dos.

En eso, Alonso de Jesús Baquero ha sido consecuente desde el momento en que decidió contarle a la justicia las razones de la masacre, la manera como se planificó el operativo, el apoyo de algunos miembros del ejército y la policía, la identidad de los gestores de la matanza y los móviles de la misma. Así se lo dijo a Ricardo Téllez Gómez<sup>41</sup>, investigador de la Fiscalía, cuando le recibió una entrevista con el fin de valorar su colaboración en el descubrimiento de múltiples delitos de dimensiones superlativas.

Asimismo, ante las autoridades judiciales, Baquero señaló a Henry Pérez y Fidel Castaño, líderes de los ejércitos del paramilitarismo, de haber discutido con CÉSAR PÉREZ GARCÍA el operativo que finalmente se ejecutó, lo cual expuso en la ampliación de indagatoria del 29 de noviembre de 1995,

<sup>41</sup> En lo sustancial, Ricardo Téllez Gómez manifestó: “lo que señalaba Baquero ya en el aspecto eminentemente práctico... que esa orden se la impartían desde Medellín y que era financiada por Rodríguez Gacha y que había políticos de Antioquia y de Santander, y mencionaba a Pérez García a César Pérez, que decía que era quien había cuadrado el asunto... “Pero de César Pérez me decía que era él que había hablado con gente de Medellín y con el mexicano que era el que financiaba toda la operación, que había hablado con él y con los Pérez, creo que con Henry Pérez, mencionaba, para hacer lo de Segovia, para limpiar a Segovia y otros municipios de la UP.” Declaración noviembre 4 de 2010, folio 221 C.O. 4.

lo reafirmó en la declaración del 10 de enero de 1996, y lo confirmó en la diligencia de indagatoria del 29 de febrero de 1996.

En esta última diligencia expresó: *“Hay un Senador o Representante a la Cámara, no recuerdo que era para ese entonces, en esa época perdió las elecciones en Segovia y su nombre es César Pérez García, a raíz de eso él fue y buscó a Fidel Castaño para que lo ayudara a sacar la UP de Segovia. Fidel Castaño lo contrató, corrijo, lo contactó con Henry Pérez, que en ese tiempo era uno de los jefes paramilitares en Puerto Boyacá. Henry Pérez se reunió con los dos en Medellín, con Fidel Castaño, César Pérez y Henry Pérez. Después de eso Henry me citó a la reunión en Puerto Boyacá. Henry me comentó todo, lo comentado, lo ocurrido en la reunión y me preguntó si conocía a un señor César Pérez, yo le dije que no, pero que sabía que era un jefe político del partido liberal en Segovia. Entonces César me colocó un caset en donde yo escuché la voz de César Pérez donde les pedía ayuda para sacar la UP y a la guerrilla de Segovia. Entonces Fidel Castaño le decía que tranquilo, que eso ya estaba en manos del jefe, refiriéndose a Henry Pérez, y el señor Pérez le decía que le colaboraba con lo que fuera necesario pero que él no podía perder esa región, en Segovia.”*

También delató a los miembros del Ejército Nacional que facilitaron el operativo y fue fundamental para su condena. Pero ese que sería un valor agregado, la defensa lo acepta con la advertencia de que allí fue testigo directo y no indirecto, como lo es en el caso contra su defendido. En ese sentido, la defensa bajo una óptica lineal que aísla la declaración del contexto, sostiene que la declaración no es suficiente para llevar al juez a la certeza del convencimiento. Pero si se analiza el testimonio en sistemática la conclusión es distinta, como se puede observar al apreciar los nexos de todo orden entre CÉSAR PÉREZ GARCÍA y el paramilitarismo.

Al respecto, Henry Pérez y Fidel Castaño fueron, como se ha demostrado en el proceso, jefes de jefes de los ejércitos paramilitares. Por lo mismo, de acuerdo con la regla de la experiencia, solamente podían tener acceso a ellos personas de indiscutida confianza. Desde luego, porque los líderes de grupos armados al margen de la ley se desenvuelven en círculos cerrados para garantizar su seguridad. Eso explica, que Iván Roberto Duque se haya entrevistado con Henry Pérez, pues éste al igual que aquel compartía los mismos escenarios y propósitos. Y si así es, por la misma razón se tiene que concluir que CÉSAR PÉREZ GARCÍA también lo hizo en esos escenarios de ilegalidad, como lo asegura Iván Roberto Duque, si es que de recurrir a testigos directos se trata.

Precisamente acerca de estos encuentros, entre la ilegalidad y clandestinidad, Duque señaló en su declaración: *“...alguna vez, fui a Puerto Berrio... estando allá me invitaron a un almuerzo en una finca, yo no sé si existe actualmente, de pronto sí, se llama Sebastopol, me llamó mucho la atención porque me dijeron que en ese almuerzo va a estar don Henry Pérez, no sabía yo, señora magistrada, que está en Puerto Berrio, que la finca queda relativamente cerca de Berrio, quiero*

*recalcar que en muchos encuentros que yo tenía con Henry desconocía a mucha gente que lo visitaban, sin embargo pues para ser concreto para los efectos que persigue esta investigación señora Magistrada, yo fui a la finca Sebastopol, allá me encontré con Henry, sus escoltas...”*

*Y precisó: , [no audible] ... un Mayor, no recuerdo Señora Magistrada cómo se llama, se identificaba como Mayor de la decimocuarta brigada, dicho sea de paso que Henry tenía muy buenos contactos con las autoridades, las autodefensas todas, y allá había un político, me lo presentaron, nunca lo había visto en mi vida, me dijo se llama César Pérez García. Me lo presentó directamente Henry Pérez. Almorzamos en esa finca, fue un encuentro primero inesperado; además absolutamente informal. Se conversó de política, yo incluso estuve hablando porque yo todavía era secretario de ACDEGAM, la filiación mía ha sido al partido liberal, entonces me pareció muy interesante haber conocido este señor allá. Yo no lo conocía, en lo personal quiero referirme a eso, pero allá se mencionaba en esa época, distinto ahora, se mencionaba mucho acerca de dirigencia en Antioquia, era un Congresista, recuerdo que hablamos mucho de una cosa que en esa época estaba muy en boga que era la consulta popular...”*

Esta referencia es esencial para apreciar el testimonio de Alonso de Jesús Baquero, pues Iván Roberto Duque, alias “Ernesto Bâez” confirma los nexos entre Henry Pérez y CÉSAR PÉREZ GARCÍA, que no habrían tenido por qué suceder en circunstancias normales por los vínculos ilegales del primero y la institucionalidad que representaba el otro. Por lo tanto, no se puede sostener que la declaración de Alonso de Jesús Baquero sea insular en orden a probar los nexos entre el político y el jefe paramilitar. Al contrario, por esas razones es admisible que, como lo ha señalado alias “Vladimir”, la “Masacre de Segovia” fue sugerida por CÉSAR PÉREZ GARCÍA, quien mantenía vínculos con paramilitares y concretamente con quien le impartió a aquel la orden de ejecutar ese repudiado acontecimiento.

En tal virtud, se aprecia que la declaración de Alonso de Jesús Baquero no contiene verdades aisladas, pues lo que una visión en conjunto de la prueba indica es que su versión la confirman otros medios de prueba que realzan su credibilidad en orden a demostrar la responsabilidad de los principales actores de la matanza. En ese sentido, así como Alonso de Jesús Baquero delató la participación de varios oficiales del ejército en la ejecución del crimen colectivo, cuestión que por lo demás la defensa acepta, también la unidad y universalidad del testimonio de Baquero permite asegurar que CÉSAR PÉREZ GARCÍA fue el gestor de esa causa criminal, por el respaldo que encuentra en declaraciones que demuestran los vínculos entre el político y las organizaciones al margen de la ley.

Por todo ello, el testimonio de este individuo no es una prueba autárquica de la que se pueda decir que deambula sola por el expediente. Por el contrario, su declaración se constituye en el núcleo de una imputación que se reafirma, según se ha visto, desde diferentes perspectivas. En ese

aspecto, no solo Iván Roberto Duque confirma las relaciones que mantenía el acusado con Henry Pérez. Fredy Rendón Herrera, alias el “Alemán”, reconocido paramilitar también manifestó que recibió órdenes de sus mandos en el sentido de pausar las acciones en aquellos sitios, lugares y negocios en los que CÉSAR PÉREZ GARCÍA tenía interés y asociaciones ilícitas. De manera que las andanzas con grupos de ultraderecha no son una mención que se concentre en la versión de alias “Vladimir” sino que son lugar común en el proceso.<sup>42</sup>

De manera que el testimonio de alias “Vladimir”, en el sentido de atribuirle a CÉSAR PÉREZ GARCÍA responsabilidades concretas en la ejecución de la “masacre” no es exótico, ni es la manifestación de un interés solapado producto de la invención de quien busca beneficios judiciales, debido a que lo que expresó Alonso de Jesús Baquero en torno a la relación entre CÉSAR PÉREZ GARCÍA y Henry de Jesús Pérez, aun así él no haya percibido ese hecho, es un tema suficientemente corroborado en el expediente, con lo cual la afirmación de que se trata de un testimonio interesado, único y de oídas queda francamente en entredicho.

En síntesis, la probada relación entre CÉSAR PÉREZ GARCÍA y jefes del paramilitarismo de la talla de Henry de Jesús Pérez, líder de las Autodefensas del Magdalena Medio, le confiere credibilidad a la declaración de Alonso de Jesús de Baquero y permite inferir que si entre el político y ese grupo armado existía ese tipo de vínculos, entonces no es apresurado sostener, justamente por esas relaciones confirmadas, que CÉSAR PÉREZ GARCÍA hubiese determinado a Henry de Jesús Pérez a impartir la orden de ejecutar una acción con nefastos efectos en los procesos de construcción democrática.

Pero desde luego que no es solamente la manifestación de alias “Vladimir” la que propicia esas conclusiones, sino un entramado de hechos que a manera de indicios demuestran la participación de CÉSAR PÉREZ GARCÍA en la comisión de la conducta por la cual se le juzga.

Aparte de su indiscutible relación con grupos ilegales de autodefensas, es un aspecto probado que CÉSAR PÉREZ GARCÍA fue el más afectado con el ascenso de la Unión Patriótica, como quiera que siempre mantuvo el poder local en modelos estatales en donde las autoridades locales no se elegían sino que se designaban. Este suceso, reconocido por voces de las tendencias más disímiles explica por qué Alonso de Jesús Baquero sí fue enterado por Henry de Jesús Pérez del interés de aquel para que se llevara a cabo la acción militar, mostrándole como evidencia una grabación en la que no quedaba duda para el ejecutor principal, de la participación del político en el proceso de ideación y ejecución de la misma.

Si según se indicó, por la manera como operan los “aparatos organizados de poder” la experiencia indica que entre el operador material y quien imparte

<sup>42</sup> Cuaderno original 1, folio 222.

la orden no existe relación alguna, eso explica la razón por la cual entre CÉSAR PÉREZ GARCÍA y Alonso de Jesús Baquero no existió ningún tipo de contacto; pero para la cadena de mando sí era indispensable que Baquero Agudelo, el lugarteniente más avezado de la estructura criminal de Henry de Jesús Pérez, contase con toda la información que le permitiera garantizar el éxito de la acción, y de allí la necesidad de que se le hubiese explicado los motivos y quienes eran los interesados en el operativo.

Ahora, en esta serie de acontecimientos siempre se encuentra en la mención del procesado un hilo conductor. En efecto, desde cuando el Movimiento Muerte a revolucionarios del Norte hizo su aparición en “*sociedad*”, se mencionaba al político y se destacaba su liderazgo en la región. Años después, los integrantes del Movimiento Paramilitar Ernesto Báez y Fredy Rendón Herrera reconocían ante la justicia los nexos entre PÉREZ GARCÍA, Henry de Jesús Pérez y Fidel Castaño, mandos de ejércitos de autodefensas.

Por último, aun cuando dice no haber aceptado la sugerencia, Fidel Castaño mencionó el interés de PÉREZ GARCÍA en llevar la confrontación militar a Antioquia con el fin de enfrentar organizaciones insurgentes, lo cual no deja duda de la relación del político con los grupos de ultraderecha y concretamente con el jefe de los aparatos paramilitares, como lo escribió Alejandro Reyes Posada en reportajes conocidos tras la desaparición del líder paramilitar.<sup>43</sup>

Estas referencias confirman que la alusión que hace Alonso de Jesús Baquero en todos los momentos no es el producto de una acusación infundada, pues así como en las primeras ocasiones en las que se mencionó a PÉREZ GARCÍA, en la vista pública Baquero Agudelo se refirió a esos nexos en los siguientes términos: “*Después de la masacre nosotros tuvimos una reunión con Fidel Castaño, con el Coronel Navas, en Sebastopol, y Henry de Jesús Pérez; y Fidel Castaño lleva allí un mensaje de agradecimiento de César Pérez... nos decía, bueno de parte de César Pérez muy agradecido, muy contento, todos estamos muy felices, así es que se trabaja Vladimir, mire que si se puede hacer las cosas...*”.

Esta exposición indica categóricamente que Alonso de Jesús Baquero supo de la participación de CÉSAR PÉREZ no únicamente por las explicaciones de Henry de Jesús Pérez, sino también por la concreta felicitación que recibió a través de Fidel Castaño, situación tanto más admisible si se considera que Fredy Rendón Herrera se refirió precisamente a las relaciones de vieja data entre el Clan de los Castaño y el procesado, hecho que por lo demás también se infiere de la entrevista que Fidel Castaño le entregó a Alejandro

---

<sup>43</sup> Alejandro Reyes Posada, quien entrevistó a Fidel Castaño, condensó que éste manifestó lo siguiente: “*Cuando la mafia quiso atacar la guerrilla lo hizo sin una política ni una alternativa económica para la gente. Dijeron que tenía que limpiar a Antioquia para poder vivir bueno. César Pérez García me pidió que llevara mi guerra contra las guerrillas a Antioquia, cosa a la cual me negué.*”

Reyes Posada, en la cual se alude al interés que tenía el enjuiciado de llevar la guerra a Antioquia.

Por supuesto, esa manifestación del acusado, divulgada por un interlocutor válido como Fidel Castaño, porque a él había acudido justamente para convenir la ejecución de los hechos, de suerte que a ningún otro iba a buscar para hacerlo destinatario de su beneplácito, en conjunto con lo atrás expuesto se erige en elemento incriminatorio en contra del enjuiciado. No es sensato pensar que alguien exprese complacencia por algo, o manifieste un agradecimiento, si no tenía interés. Por consiguiente, esas aseveraciones posteriores a los hechos, no sacan adelante la inocencia de PÉREZ GARCÍA, por el contrario, coadyuvan a consolidar lo que se viene diciendo acerca de su responsabilidad.

En este punto igualmente debe destacarse lo aseverado por Iván Roberto Duque Escobar, alias “Ernesto Báez” en relación con lo dicho por Henry Pérez al acusado en una reunión, lo cual es del siguiente tenor: “...lo que sí tengo perfectamente claro en la memoria, es que estando allá se iniciaron las noticias, se inició el noticiero, en ese noticiero mencionaron la masacre de Segovia, como que la investigación no sé, y con claridad absoluta mencionaron el nombre del doctor CÉSAR PÉREZ, cómo lo mencionaron no recuerdo, si fue una versión del periodista, o si estaban hablando, porque el televisor estaba en la salita, cuando el noticiero inicia HENRY vuela, yo me quedé con Gustavo, mencionan eso, y HENRY después de que mencionan ese nombre, se dirige a las personas que yo no había reconocido ahí en la sala, y le dice doctor CÉSAR está muy caliente, ahí es cuando me doy cuenta que ahí en ese grupo de personas estaba el doctor CÉSAR, cuantas personas eran dos o tres personas, quienes no supe quienes, debo pensar que eran acompañantes del doctor CÉSAR. está muy caliente, fue la expresión que yo escuché de HENRY PÉREZ, que escuché yo, y los que estábamos ahí, que se paró, es decir, esa noticia la dieron algo así como en el marco de la noticia, después Henry se sentó, y así en tono como dijo está bien preocupado...”<sup>44</sup>

Lo dicho por Henry Pérez al acusado en el sentido que estaba caliente, no admite interpretación diferente a su compromiso con los hechos de Segovia, más aún si según lo expresara el deponente aludido, ello acaeció inmediatamente después de emitirse una noticia relacionada con el suceso. Por consiguiente, si nada hubiera tenido que ver aquél no es lógico lo dicho por Henry Pérez, de manera que la exclamación referida proveniente de quien estaba relacionado con el comportamiento punible, se erige en un elemento indirecto de apreciable fuerza incriminatoria en contra del acusado.

**Quinto.** De otra parte, la “Masacre de Segovia” se ha descrito como un acto de retaliación política contra la Unión Patriótica, conclusión que se pretende minimizar con el argumento de que algunos de los muertos pertenecían al

<sup>44</sup> Declaración IVÁN ROBERTO DUQUE, folio 179 C.O. 1.

partido liberal y que por tanto el acusado, desde ese punto de vista, no podía estar interesado en ejecutar ese crimen.

Al respecto, la consideración política e histórica del hecho permite aseverar que los beneficiados estaban vinculados con la política local, debido a que los réditos del crimen favorecían a un sector tradicional con fuerte influencia en esa región, y de otra, que la acción se dirigía contra la Unión Patriótica, movimiento al cual habían adherido antiguos militantes del partido liberal por el incumplimiento proverbial de las fuerzas tradicionales a sus aspiraciones.

Por eso la circunstancia de que algunos de los muertos fueran liberales o que apoyaron en otras épocas a PÉREZ GARCÍA, no incide en las conclusiones que prohija la Sala, puesto que ante el fracaso de los partidos con fuerte acento en acciones políticas clientelistas, los segovianos optaron por una alternativa diferente en la primera elección popular de alcaldes. Así, Hernán Darío Londoño Hernández, sostuvo: *“Nosotros acá como liberales de tradición siempre hemos apoyado las listas que encabeza César Pérez García, entonces como aquí había mayoría liberal y nosotros liberales queríamos que el municipio le diera una casa a Arminda, entonces las casas las repartieron y a la señora no le dieron casa, entonces por esa razón todos nosotros nos resentimos y no quisimos acompañar al Directorio Liberal y seguramente con esa negativa del voto liberal firmamos la sentencia de muerte...”*<sup>45</sup>

De igual modo, Julio César Restrepo Cadavid, ya citado en esta providencia, hizo alusión a César Pérez García y a Sigifredo Zapata, al primero tildándolo de “cacique político” de la región y al segundo de carácter local y “mano derecha” del acusado; hizo énfasis para formular los asertos, en que prácticamente todos los nombramientos se hacían con el visto bueno de aquel.

De modo que de las declaraciones de Hernán Darío Londoño Hernández y Julio César Restrepo Cadavid, se puede inferir, primero, que la acción de Segovia fue contra la población en general y contra la Unión Patriótica en particular, y segundo, que, CÉSAR PÉREZ GARCÍA, era el “Cacique de Segovia” y en esa condición dispuso a su antojo del poder que un modelo de democracia absolutamente imperfecta le permitía, por lo cual si alguien resultaba perjudicado con los resultados electorales que abrían espacio a un nuevo mapa político, era el acusado.

En cuanto a lo primero, es evidente que se trató de una acción selectiva, planificada y desarrollada contra una población y por motivos específicos. En este sentido, el Brigadier General Carlos Arturo Casadiego Torrado, Director Operativo de la Policía Nacional, señaló con su reconocida autoridad y experiencia: *“La acción de los delincuentes fue planeada detenidamente y en detalle. Indiscriminadamente actuaron en contra de personas*

<sup>45</sup> Declaración folio 22, anexo 8.

*que se encontraban en lugares públicos pero predeterminados por estos, como son los bares Johnny Kay, el Amañadero y el Kiosco del Parque Central. Selectiva contra algunas personas que se encontraban en su residencia. Los victimarios son personas que conocían perfectamente la ciudad, a las víctimas y establecimientos públicos que seleccionaron. En los lugares públicos dispararon indiscriminadamente fusiles R 15 y granadas de fragmentación. Penetraron en alguna casa en donde indagaron por personas habiéndose dado muerte en el acto.”<sup>46</sup>*

Estas conclusiones corresponden a una verificación empírica, pues el Brigadier corroboró *“in situ”* que al Bar Johnny Kay, escenario singular de la acción, concurrían afectos a la Unión Patriótica. Las calles Reyna y la Madre eran igualmente un sitio de residencia de militantes de ese partido, y además un lugar señalado por organismos Estatales como centro de operación de la guerrilla.

También las casas de personas previamente seleccionadas, como la de la familia Restrepo Cadavid, con lo cual se demuestra definitivamente que fue una acción contra un grupo de personas unidas por afinidades políticas distintas a la que era en ese entonces la *“oficial”*.

En cuanto a lo segundo, la reivindicación del político en el panfleto del *“Movimiento Muerte a Revolucionarios del Norte”*, explica la importancia de CÉSAR PÉREZ GARCÍA para este movimiento de ultraderecha, interesado en la defensa de la manera como se construían las relaciones de poder entre la autoridad y el ciudadano en esa región del país. Por eso no es exótico que ese grupo hubiera reivindicado al caudillo, anunciado la restauración del orden en el municipio y su interés de recuperar para la *“institucionalidad”* el poder local, situación en la cual también estaban interesados los jefes municipales de los partidos tradicionales.

Bien dicente resulta esta comunicación y no se puede aceptar, dado lo ya expresado, el argumento defensivo cuando pretende que el contenido de la misma resulta ajeno al ex parlamentario, como quiera que lo allí afirmado hace expresa alusión a los quereres del político cuando se reunió con Henry Pérez y Fidel Castaño para solicitar se ejecutara la incursión armada.

Este comunicado se erige en la referencia anticipada de lo que en Segovia iría a ocurrir *“...Saldremos con un gran golpe mortal...”* y a fe que ello se concretó. No fue entonces una simple insinuación o velada amenaza, sino que se materializó con la orden impartida a alias *“Vladimir”*, para que llevara a término la acción delictiva en la cual sin duda tenía especial interés CÉSAR PÉREZ.

Aparece bien coincidente que aquella petición de PÉREZ GARCÍA, para sacar a la Unión Patriótica de Segovia, concuerde con los términos del escrito antes aludido; ello necesariamente refleja que efectivamente el acercamiento

<sup>46</sup> Informe 5063 noviembre 17 de 1988, folio 218, anexo 13.

entre el dirigente liberal y los paramilitares no sólo era verdadero sino que esa relación de amistad permitió que sus peticiones fueran escuchadas y aún plasmadas en escritos intimidatorios que llegaron a la población.

En tal virtud, lo expresado en el comunicado acerca del apoyo al procesado no puede entenderse producto de la casualidad, sino otorgado deliberadamente a una persona que compartía propósitos y sentimientos, por todo cuanto había acaecido en el panorama político regional.

Desde luego, debe afirmarse que la alusión en el comunicado referido a Sigifredo Zapata, estrechamente vinculado políticamente con el acusado, refuerza lo aducido en cuanto a que nada de lo que allí se menciona fue casual, y por el contrario, se vislumbra la relación de éste con ese movimiento, de modo que la opinión en contrario de la defensa no persuade.

En este orden, la declaración de Alonso de Jesús Baquero permitió traer al proceso lo que en Segovia era una verdad sabida. Édison Gildardo Silva Sierra y Omar Hernando Pérez, dos políticos regionales, señalaron que si algo estremeció a la población fue la pérdida de tantas vidas indefensas mediante una acción que atribuyeron al imputado. Tenían razones: el más significativo perdedor por su ancestro político fue CÉSAR PÉREZ GARCÍA, y el paramilitarismo como defensor de una institucionalidad excluyente. Por eso es perfectamente admisible que la versión de los ciudadanos sea compatible con la de Alonso de Jesús Baquero. Dicho de otro modo, éste confirmó para la justicia y para la historia algo que para la gente de Segovia era un axioma: que el aludido era responsable de la *"Masacre de su pueblo"*.

Por supuesto que la Corte entiende que no es el comentario generalizado o el rumor el que permite asumir que fue el enjuiciado el autor de la orden de exterminio contra la población civil, sino que esa voz popular fue confirmada con la declaración de alias *"Vladimir"* y con la de importantes jefes paramilitares que declararon acerca de los vínculos del político acusado con esos grupos de autodefensa. En otras palabras, es la prueba legalmente producida la que demuestra lo que la población de Segovia conocía, de tal modo que existe coincidencia entre el juicio jurídico y el de la opinión.

Ahora, que en principio la ciudadanía no hubiese hecho referencia a los autores ni hubiera realizado juicios de responsabilidad es explicable. Recién acaecida la masacre, el ex-defensor del Pueblo, Jaime Córdoba Triviño, pudo percibir un estado de temor generalizado y una situación en donde, según sus propias palabras, *"se presuponía que los miembros del ejército, de la policía, estaban involucrados de alguna manera."*

Apreciación en la cual coincide la ex alcaldesa Rita Ivonne Areiza, quien aseveró que inicialmente concurrieron a declarar con miedo porque era evidente que la orden de recuperar el municipio se había cumplido y por lo tanto no tenían garantías para declarar ante los jueces.

Tiempo después, superada esa circunstancia, en el discurso que pronunció el 27 de octubre de 1989 el diputado Gabriel Jaime Santamaría Montoya - mucho antes de que Alonso de Jesús Baquero declarara ante la justicia -, le atribuyó a CÉSAR PÉREZ GARCÍA haber sido partícipe de la masacre, según lo declaró Guillermo Gaviria Zapata, fórmula política del procesado <sup>47</sup>, con lo cual el juicio político, el de opinión y el jurídico confluyen en una misma conclusión.

En fin, no es la manifestación de Alonso de Jesús Baquero únicamente la que incrimina a CÉSAR PÉREZ GARCÍA, sino un conjunto de pruebas que conducen a cerrar el círculo de una imputación en su contra, las cuales por su gravedad, coherencia y univocidad, permiten concluir que propició la ejecución de un conjunto de homicidios y lesiones personales que por su interferencia con los derechos humanos se congloba en lo que para la historia se denomina la “Masacre de Segovia.”

**Sexto.** Como conclusión, la Sala encuentra que se configuran los presupuestos sustanciales del artículo 232 de la ley 600 de 2000 para condenar al procesado por la comisión del concurso de conductas punibles de concierto para delinquir, homicidio agravado y lesiones personales agravadas en concurso material y heterogéneo, que se consumaron el 11 de noviembre de 1988 en el municipio de Segovia.

En relación con esta determinación es necesario señalar lo siguiente: Para la Sala no hay duda que los homicidios y lesiones personales fueron ejecutados materialmente por un colectivo criminal que en el lenguaje actual se identifica como “grupo armado al margen de la ley”. También es evidente con fundamento en la prueba analizada, que este grupo armado ilegal tuvo una existencia prolongada en el tiempo e hizo parte de una conspiración mayor que propició acciones de exterminio contra ciudadanos y miembros de la Unión Patriótica que no compartían sus prácticas y políticas excluyentes.

---

<sup>47</sup> El doctor *Gaviria Zapata* manifestó: “*Preguntado por la defensa: Le pregunto en su primera y segunda reunión que usted asistió personas o grupos políticos hicieron relación a la participación de César Pérez a la gravedad que se estaba viviendo. Contesto: Jamás en ninguna de esas veces se mencionó nada; eso se vino a mencionar mucho tiempo después no sabría precisar en el tiempo cuándo fue pero lo hizo un diputado de la época el doctor Gabriel Jaime Santamaría en un discurso público que él era diputado de la UP años después diciendo que la masacre de Segovia, el que tenía que ver era César Pérez García y él, que era el amigo de César Pérez García, nos encontramos con él en Medellín y le dijo a César ahí te metí en un baile vas haber como te vas a salir de el porque en el discurso dije que el partido liberal en cabeza tuya era el que tenía que ver con la masacre de Segovia y se puso a reír y eso quedó allí no se le dio importancia y más sin embargo eso con el tiempo fue creciendo esta bola de nieve hasta ver las circunstancias en que se está ahora....*” *declaración de septiembre 16 de 2010, folio 99 C.O. 2.*

Asimismo, la Sala concluye que la acción del grupo armado ilegal, apreciada en un contexto histórico y social signado por la desaparición y muerte de ciudadanos pertenecientes a determinadas corrientes ideológicas, se constituye en un acto más de un conjunto de acciones idénticas que denotan la sistematicidad y generalidad del ataque, características de las graves violaciones a los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, entonces, es posible apreciar el comportamiento como un estado de cosas disvalioso que afecta el bien jurídico desde una óptica que involucra un conjunto de acciones de las cuales fueron víctimas, en todo el territorio nacional, personas vinculadas con la Unión Patriótica; circunstancia, sin duda, que propició el empleo de un aparato armado mediante la inducción a su principal cabecilla para la realización de ese específico acto.

En ese orden de ideas, haber persuadido al máximo jefe del grupo paramilitar para desplegar una acción con múltiples víctimas en ese contexto histórico, denota conocimiento del ataque, de su sistematicidad y del momento histórico en el cual la conducta se inscribe, y voluntad de obrar de acuerdo con esa comprensión, cuestiones que sin duda CESAR PEREZ GARCIA debía saber por su participación en el quehacer político y por las altas responsabilidades estatales que desempeñaba.

Por esa razón la condena por la comisión de los delitos de concierto para delinquir, homicidio agravado y lesiones personales agravadas es inexorable.

**Séptimo.** De acuerdo con lo expresado en apartes anteriores, la Sala fijará la pena con base en las normas del decreto 100 de 1980 y tendrá en cuenta para ello las consecuencias que emergen de los institutos de la participación y del concurso de delitos, de acuerdo a los términos de la acusación.

El decreto 100 de 1980 y la Ley 599 de 2000 definen diferentes formas de participación con fundamento en el principio de accesoriedad. Así, el artículo 23 del Decreto 100 de 1980 señala que son autores quienes realizan la conducta o quienes **determinan** a otro a realizarla. La ley 599 de 2000, por su parte, con mayor precisión delimitó la autoría y participación, y distinguió la determinación, la complicidad y la intervención.

En ambas legislaciones, la determinación y la autoría tienen la misma respuesta punitiva, aun cuando ontológicamente son diferentes, pero en el nivel de la participación hay que convenir en que determinar, según el diccionario de la lengua española, es “*hacer tomar una resolución*”, justamente lo que desde el ámbito probatorio realizó el ex representante a la Cámara CÉSAR PÉREZ GARCÍA.

Si algo queda claro del análisis probatorio es que CÉSAR PÉREZ GARCÍA, además de incurrir en la comisión del delito de concierto para delinquir,

también persuadió a la máxima jerarquía del grupo armado dirigido por Henry de Jesús Pérez a ejecutar la acción del 11 de noviembre de 1988, conducta que se tradujo en múltiples homicidios agravados y en lesiones personales agravadas en relación con tantas personas plenamente individualizadas, asumiendo por su cuenta y riesgo las consecuencias y resultados de semejante acto.

En conclusión, en el caso bajo examen la prueba analizada conduce a tener plena certeza de la determinación de la conducta que surge de reuniones y de consensos entre CÉSAR AUGUSTO PÉREZ GARCÍA, Henry Pérez y Fidel Castaño, para demandar de ellos la realización de la masacre en el municipio de Segovia, como retaliación contra la comunidad segoviana por haber apoyado en las elecciones del año 1988 el proyecto político de la Unión Patriótica, que según se ha expuesto dio lugar al homicidio y lesiones personales de diversas personas.

Por lo tanto, de acuerdo con la teoría del conocimiento y los grados de aproximación racional a la verdad que cada momento procesal exige, es evidente que existe el mérito suficiente para emitir una sentencia de condena, con fundamento en la prueba allegada al expediente que permite obtener la certeza para arribar a la determinación que se adopta.

Es palpable que la conducta típica del ex parlamentario es antijurídica y culpable, pues con su conducta desencadenó un proceso que interfirió y lesionó los bienes jurídicos de la seguridad pública y los personalísimos de la vida e integridad personal de las personas identificadas en esta decisión, actos que por su gravedad y por ser consecuencia de una operación sistemática y generalizada constituyen una grave vulneración a los derechos humanos.

En este sentido la antijuridicidad del comportamiento, según lo expresó la Sala en otros apartes, no se puede apreciar a partir exclusivamente de la lesividad individual del injusto, pues la sistematicidad y generalidad inherente a la conducta conlleva un desvalor que incorpora las implicaciones sociales de la conducta, que es precisamente lo que permite incluir la filosofía de los derechos humanos a la hora de apreciar la magnitud de la antijuridicidad del comportamiento por el cual se condenará al acusado.

Precisamente la lesividad del comportamiento conllevó a que la Sala adscribiera el comportamiento a la gama de graves atentados contra los derechos humanos por la sistematicidad y generalidad del ataque, cuestión que desde la perspectiva del derecho penal interno corresponde en su desvalor a un concurso de conductas punibles entre las que se incluyen comportamientos agravados contra la vida y la integridad personal, tal como lo precisó la Sala al resolver las nulidades propuestas por la defensa en la audiencia preparatoria.

En fin, queda desvirtuada la presunción de inocencia de CÉSAR AUGUSTO PÉREZ GARCÍA y por eso, demostrada con certeza su responsabilidad

penal, no hay lugar a la absolución que reclama su defensa. Conforme con la acusación, como se ha indicado, la Corte lo encuentra responsable de la comisión de conductas punibles de concierto para delinquir, Homicidio agravado y Lesiones personales agravadas, como igualmente lo solicitaron el Ministerio Público y el representante de las víctimas.

De otra parte, es importante determinar que a lo largo del proceso únicamente se logró acreditar las lesiones de algunas de las numerosas personas que resultaron perjudicadas con estos hechos, pues debido al tiempo transcurrido no se pudo acopiar la información que permitiera establecer el daño causado y la incapacidad fijada para con fundamento en ello efectuar la adecuación típica correspondiente.

Al no contar con los dictámenes médicos alusivos a las consecuencias definitivas no puede presumir la Sala que todos los que resultaron afectados en esos hechos soportaron la misma determinación médico legal.

Bajo ese entendido se puede observar que únicamente obran en el proceso dictámenes provisionales y definitivos respecto de algunos de los afectados, los cuales pasan a relacionarse así: Mario de Jesús Villa, incapacidad de 4 días, no hay secuelas<sup>48</sup>; Johny Jaramillo Restrepo, 6 días de incapacidad<sup>49</sup>; Norbey Jiménez, 15 días, requiere segundo reconocimiento;<sup>50</sup> Macleris de Jesús Brand Soto, 18 días de incapacidad, para segundo reconocimiento<sup>51</sup>; Guillermo Alzate Fonnegra, incapacidad de 20 días y requiere segundo reconocimiento;<sup>52</sup> Miguel Ángel Carillo,<sup>53</sup> incapacidad 30 días para segundo reconocimiento; José Antonio Palacios Bohórquez<sup>54</sup>, incapacidad de 20 días, requiere nuevo reconocimiento; Olga Palacios San Martín<sup>55</sup> incapacidad 20 días, requiere segundo reconocimiento.

No sobra precisar que si bien las lesiones personales imputadas al procesado requieren querrela como requisito de procedibilidad para incoar la acción, resultaría ilógico en este caso exigir el cumplimiento del mismo, toda vez que al considerarse estas conductas como de lesa humanidad la existencia de aquél presupuesto no se compadece con la magnitud de la lesión jurídica que un hecho de esta naturaleza comporta.

Bajo esa consideración, para cuantificar la pena, recuérdese que al doctor **Pérez García** se le declarará responsable de un concurso homogéneo y heterogéneo de conductas punibles de concierto para delinquir, homicidio

<sup>48</sup> Anexo 4 folio 143.

<sup>49</sup> Anexo 4 folio 144.

<sup>50</sup> Anexo 4 folio 149 y anexo 7 folio 44.

<sup>51</sup> Anexo 7 folio 8.

<sup>52</sup> Anexo 1 folio 8.

<sup>53</sup> Anexo 1 folio 9.

<sup>54</sup> Anexo 1 folio 9.

<sup>55</sup> Anexo 1 folio 10.

agravado y lesiones personales agravadas, de las cuales la más grave es el atentado contra la vida descrito en ese entonces en el artículo 324 del Decreto 100 de 1980 y sancionado para la época con una pena de dieciséis (16) a treinta (30) años de prisión.<sup>56</sup>

Por la gravedad de la conducta y su dimensión antijurídica, a la cual ya se ha hecho referencia; la forma de ejecución del comportamiento, la intensidad del dolo y el daño causado, la pena para el delito de homicidio, que es la conducta más grave, se fijará en 276 meses, que corresponde al máximo del primer cuarto medio; es decir, en 23 años.

En ello debe tenerse en cuenta la agravante consistente en la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad,<sup>57</sup> dado que para la época en que se perpetró la masacre de Segovia, CÉSAR PÉREZ GARCÍA era Presidente de la Cámara de Representantes y destacado miembro del Partido Liberal, cuestión esta última que sin duda influyó en la comisión de la conducta, como quedó expuesto en esta decisión y que a la vez en el plano de la institucionalidad le imponía deberes ante la sociedad que no se le exigen al común de los ciudadanos.

Ahora, como se trata de bienes jurídicos personalísimos, se aumentará la pena por cada uno de los homicidios hasta en otro tanto, como lo dispone el artículo 31 de la legislación citada, lo cual implica que la misma por el concurso de conductas de homicidio será de treinta años de prisión, sanción que incluye el desvalor de las conductas de concierto para delinquir y lesiones personales agravadas, en consideración a que el monto de la pena no puede sobrepasar, por virtud de lo dispuesto en el artículo 28 del decreto 100 de 1980, de 30 años de prisión.

La pena de multa será de un mil (1.000.00) pesos a favor del Tesoro nacional, en atención a lo dispuesto en el artículo 332 del Decreto 100 de 1980.

La sanción accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas, será de diez (10) años, toda vez que ese era el máximo que se establecía en la normatividad vigente para la época (Art. 50).

Aparte de otras consideraciones que son innecesarias, por el monto de la pena principal impuesta al sentenciado, no tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria.

---

<sup>56</sup> Para el delito más grave, que es el homicidio agravado, la pena oscila entre dieciséis (16) a treinta (30) años de prisión. De acuerdo con el artículo 61 de la ley 599 de 2000, el cuarto mínimo va de 192 a 234 meses; los cuartos medios, entre 234 un día a 276 meses y 276 y un día a 318 meses; y el último cuarto, entre 318 meses y un día a 360 meses.

<sup>57</sup> Artículo 66 numeral 11 de la Ley 100 de 1980.

## Séptimo. Indemnización de perjuicios

Varias de las víctimas llegaron al proceso mediante la demanda de constitución de parte civil; son ellas:

**Demanda de Consuelo de Jesús Orozco de Agudelo**, representada por el abogado Víctor Rodolfo Barrera Benavides; reclama perjuicios materiales y morales los que determina así:

**Materiales:** El sustento para la señora Consuelo Orozco y sus hijos menores que al momento de los hechos provenía del trabajo de Oscar Agudelo. Los gastos de traslado del pueblo para salvaguardar su vida y la de sus hijos. Los gastos de educación. Estima los perjuicios en cien millones de pesos (\$ 100.000.000.00).

**Morales.** Originados en los trastornos psíquicos sufridos por la accionante, los cuales estima en cuatro mil (4.000) gramos de oro.

**Demanda de María Constanza Restrepo Cadavid, Arminda de Jesús Restrepo Cadavid, María Emilse Restrepo Cadavid, Luz Marina Restrepo Cadavid, María Graciela Restrepo Cadavid, Esperanza Noris Restrepo Cadavid, Luz Marina Escobar Restrepo y María Patricia Restrepo**, representados por Luz Estela Aponte Jaramillo.

**Morales.** Reclama perjuicios para Esperanza Noris Restrepo Cadavid, representados en el dolor por la pérdida de su padre y sus dos hermanos, las lesiones de su hermana María Emilse Restrepo, las afectaciones de su progenitora Ana Rosa Cadavid, los cuales estima en la suma de cuatrocientos ocho millones de pesos (\$ 408.000.000).

Para Luz Marina Escobar Cardona reclama una suma idéntica como consecuencia del dolor por haber sido estigmatizada por su pertenencia a la UP; el dolor moral que le causó la tentativa de Homicidio, el desprendimiento de su hijo y su esposo.

Adiciona la demanda de parte civil reclamando perjuicios para la señora María Patricia Restrepo, esgrimiendo que su entorno familiar se deterioró y las aflicciones a que se vio avocada por haber dado muerte a sus congéneres a causa de su militancia en la UP, viéndose privada de su familia.

Además, en su escrito recalcula el valor antes solicitado, estimándolo en la suma de quinientos treinta y cinco millones seis cientos mil pesos (\$535.600.000.00), por concepto de perjuicios morales y como daño a la vida de relación la misma suma, los cuales solicita para **Esperanza Noris Restrepo Cadavid, Luz Marina Escobar Cardona y María Patricia Restrepo**.

Acerca de las restantes poderdantes refiere que ya fueron indemnizadas en proceso de reparación directa que se inició contra el Estado.

**Demanda de María Farney Castaño de Idárraga, Wilmer Idárraga Castaño, Jhoanny Idárraga Castaño,** representados por Efraín Caicedo Fraide.

**Morales.** Reclama como daño moral para María Farney Castaño la suma de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes y para sus dos hijos a cada uno la suma de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Materiales.** Como lucro cesante para la citada mujer por valor de \$ 90.458.462. Para Wilmer Idárraga Castaño \$17.397.987.50 y para Jhoanny Idárraga Castaño la suma de \$6.882.975.

Teniendo como fundamento lo anterior se debe señalar que los perjuicios materiales que estimaron las diferentes partes civiles reconocidas en el proceso, no fueron probados por quienes tenían la carga específica de acreditarlos.

En efecto, nada hicieron con ese propósito los representantes de las víctimas, como era su deber, para dotar a la Sala de los elementos de juicio suficientes con miras a soportar su solicitud indemnizatoria. Se les olvidó que no basta, según lo ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala y la Corte Constitucional, con la simple estimación de los perjuicios, sino que ellos se deben acreditar por los medios idóneos con el fin de establecerse la relación que pueda existir entre el daño causado y su valor. Por ejemplo, no se acreditaron las labores ejercidas por los causantes, la dependencia económica que se tenía de las víctimas y los gastos en que se incurrió con ocasión del deceso.

La ley establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que ellas persiguen (artículo 177 del C de P.C). En consecuencia, quien pretende judicialmente la reparación de un daño debe probarlo, toda vez que este elemento, como quedó explicado, es presupuesto indispensable de la obligación de indemnizar.

*“...la liquidación de los perjuicios ocasionados por el delito se debe hacer de acuerdo con lo acreditado en el proceso penal, como quiera que la acción civil dentro del proceso penal depende de que la parte civil muestre la existencia de los daños cuya reparación reclama y el monto al que ascienden...Así, las víctimas y perjudicados con el delito, como manifestación del derecho a acceder a la administración de justicia, tienen también un derecho constitucional a participar en el proceso penal que el Estado está en la obligación de adelantar, derecho que no debe limitarse a la declaratoria de responsabilidad penal, sino que, además, ha de extenderse a la obtención de la reparación del daño cuando este se encuentre probado. ....Al margen del derecho que le asiste a la víctima del delito para constituirse en parte civil dentro del proceso penal y con el propósito de garantizar la reparación de los daños causados con el delito, la ley le impone al juez la obligación de liquidar los perjuicios en todos los casos en que se profiera sentencia condenatoria y se encuentre demostrada la existencia de los mismos...”<sup>58</sup>*

<sup>58</sup> Corte Constitucional, referencia: expediente D-4020 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 97 de la Ley 599 de 2000, “(p)or la cual se expide el Código Penal”. Actor:

No se puede olvidar que le corresponde la carga de la prueba en materia civil a quien formula la pretensión. En este caso los accionantes se conformaron con presentar la demanda, pero sin realizar actividades procesales para probar sus pretensiones; por ello, mal podría la Sala ahora, en forma oficiosa, entrar a determinar unos perjuicios materiales sin que exista el supuesto probatorio legal para ello.

*“....Al margen del derecho que le asiste a la víctima del delito para constituirse en parte civil dentro del proceso penal y con el propósito de garantizar la reparación de los daños causados con el delito, la ley le impone al juez la obligación de liquidar los perjuicios en todos los casos en que se profiera sentencia condenatoria y se encuentre demostrada la existencia de los mismos...y perjudicados con el delito, como manifestación del derecho a acceder a la administración de justicia, tienen también un derecho constitucional a participar en el proceso penal que el Estado está en la obligación de adelantar, derecho que no debe limitarse a la declaratoria de responsabilidad penal, sino que, además, ha de extenderse a la obtención de la reparación del daño cuando este se encuentre probado...”<sup>59</sup>*

Con fundamento en los anteriores enunciados y como quiera que no se demostró en forma fehaciente y concreta la causación de algunos de los perjuicios solicitados, se procederá a fijar la indemnización desde el punto de vista del daño moral, quedando comprendido dentro del mismo el daño a la vida en relación.

*“....La armonización de los textos legales citados permite inferir que las exigencias para la demostración y liquidación del daño se predicen del perjuicio material, dejando al Juez la facultad de fijar los no valorables pecuniariamente que son los morales de carácter subjetivado en razón a que afectan el fuero interno de las víctimas o perjudicados, ya que se traducen en la tristeza, el dolor, la congoja o la aflicción que sienten las personas como consecuencia directa e inmediata del delito, cuyo único límite está determinado por la ley a partir de factores relacionados con la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado...”<sup>60</sup>*

Debe precisarse, como lo ha expresado la Sala de antaño, que por haber ocurrido los hechos en vigencia del decreto 100 de 1980, se debe acudir a dicha legislación, aun tratándose de liquidación de perjuicios:

*“....La Sala ha tenido oportunidad de ocuparse sobre el particular (Casaciones 23687/06, 24985/07 29186/08, entre otras), bajo el supuesto de entender que por razones de favorabilidad no es dable aplicarle al procesado preceptos que van*

---

Camilo Andrés Baracaldo Cárdenas Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D.C., C- 916 DEL veintinueve (29) de octubre de dos mil dos (2002).

<sup>59</sup> Corte Constitucional, Referencia: expediente D-4020 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 97 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”. Actor: Camilo Andrés Baracaldo Cárdenas Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá, D.C., C- 916 DEL veintinueve (29) de octubre de dos mil dos (2002).

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, diciembre 12 de 2005, rad. 24.011.

*en detrimento de su situación personal, en forma tal que si la nueva normativa contempla la posibilidad de que las consecuencias -aún civiles-, del hecho punible lo avoquen a una mayor drasticidad, deben desecharse y preferirse aquellas más benévolas a su situación...., En todo caso, la doctrina de la Sala, acudiendo al criterio fijado en diversos proveídos, según el cual “se opta por razón de la favorabilidad por la penalidad del anterior ordenamiento sustantivo” y para el efecto se establece que “se hace necesario también verificar cómo estaban previstas las consecuencias civiles del delito y principalmente los montos máximos permitidos” (Cas. 29985/07)...”<sup>61</sup>*

Por lo anterior, con el criterio que viene exponiéndose en cuanto a la aplicación del decreto 100 de 1980 tratándose de liquidación de perjuicios y asumiendo los pronunciamientos del Consejo de Estado,<sup>62</sup> en punto de liquidación de perjuicios morales que se deben reconocer, liquidar y pagar en salarios mínimos para dar cumplimiento a los principios de equidad y reparación integral del daño, abandonando el criterio de la condena en gramos de oro, se procederá a tomar como base para su liquidación el valor del salario mínimo legal mensual fijado para el año de 1988, el cual era de \$ 25. 637.40 pesos.

Resulta de las exposiciones ofrecidas en el proceso, en particular respecto de María Patricia Restrepo, Esperanza Noris Restrepo Cadavid y Luz Marina Escobar Cardona, que se encuentran acreditados tanto los perjuicios morales como los referidos al daño en la vida de relación, toda vez que sus vidas, luego de los cruentos hechos, se vieron seriamente afectadas, no volvieron a ser las mismas, fueron separados de sus familias y mantuvieron, algunas de ellas, sentimientos de culpa, considerándose causantes de las muertes de sus congéneres debido a la militancia que tuvieron en la UP. Ello modificó su comportamiento, vivieron con temor y zozobra, le dieron un nuevo norte a su vida, produjo un alejamiento social que resultó perjudicial para su desarrollo emocional.

Fueron estigmatizadas por haber pertenecido, militado o apoyado a la Unión Patriótica, se les tildó de guerrilleras, lo cual obviamente generó un temor que obligó a algunas de ellas a su desplazamiento o al hacinamiento ante la pérdida de oportunidades laborales debido a los señalamientos que se les hacía. Sobre este particular la Corte, Sala Civil, expresó el criterio que pasa a relacionarse el cual fue recogido por la Sala Penal en su decisión del pasado 25 de agosto de 2010<sup>63</sup>: “...Como se observa, a diferencia del daño moral, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que

<sup>61</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, septiembre 17 e 2008, Rad. 27.107.

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, proceso No. 13.232 - 15646 de 6 de septiembre del 2001 en el mismo sentido sentencias números 13767, 12013, 13131.

<sup>63</sup> Ver Casación Rad 33833.

la Corte en su momento denominó “actividad social no patrimonial.....Dicho con otras palabras, esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar...En este orden de ideas, la Corte, a manera de compendio, puntualiza que el daño a la vida de relación se distingue por las siguientes características o particularidades: **a)** tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado; **b)** adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho; **c)** en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico; **d)** no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos; **e)** según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquélla y éstos; **f)** su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan; y **g)** es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño - patrimonial o extrapatrimonial - que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación

*conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad, como infortunadamente ha ocurrido en algunos casos, en franco desmedro de los derechos que en todo momento han de asistir a las víctimas....”<sup>64</sup>*

Por concepto, entonces, de perjuicios morales, quedando comprendidos dentro de ellos el daño a la vida de relación, se establecerán los siguientes montos expresados en salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos:

Para **Esperanza Noris Restrepo** 800 salarios mínimos legales mensuales; para **Luz Marina Escobar Cardona** 500 y para **María Patricia Restrepo** 700, los cuales deberán ser indexados al momento de la liquidación.

Por concepto de daño moral, también representado en salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos: para **María Farney Castaño de Idárraga** 500; para **Wilmer Idárraga Castaño** 400 y **Jhoanny Idárraga Castaño** 400, y para Consuelo de Jesús Orozco de Agudelo 500.

#### **Octavo. Determinaciones finales**

Con base en las manifestaciones expresadas en la vista pública por la señora María Emilse Restrepo Cadavid,<sup>65</sup> en el sentido de haber recibido amenazas, se compulsarán copias a la Fiscalía General de la Nación, para que se proceda de conformidad.

Compulsar copia al Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue la posible conducta punitiva en que pudo incurrir la abogada Gloria Rave, conforme a citas que le figuran en el informe 606784 de fecha 24 mayo de 2011, folio 22 cuaderno Reservado.

Igualmente conforme a escrito que obra en el expediente<sup>66</sup> en el cual se pone en conocimiento unos hechos presuntamente delictivos referidos al candidato a la alcaldía de La Estrella (Antioquia), compúlsese copias para la Fiscalía General de la Nación a fin que se investigue la posible conducta en que pudo haber incurrido.

### **DECISIÓN**

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,

<sup>64</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, M.P. César Julio Valencia Copete, Mayo 13 de 2008, Rad. 11001310300619970932701.

<sup>65</sup> Declaración en audiencia pública, enero 30 de 2012, pie de rodamiento 1.58.40.

<sup>66</sup> c.o. 13 folios 177 a 182

## RESUELVE

**Primero: CONDENAR** a CÉSAR AUGUSTO PÉREZ GARCÍA, de notas personales y civiles conocidas en el proceso, a la pena principal de treinta (30) años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años, por la comisión de los delitos de concierto para delinquir y homicidio agravado, agotado en las personas de:

Adalberto Lozano Ruiz, Carlos Enrique Restrepo Cadavid, Carlos Enrique Restrepo Pérez, Diana María Vélez, Erika Milena Marulanda, Fabio Jaramillo, Fabio Sierra Gómez, Francisco William Gómez Monsalve, Gildardo Antonio Restrepo Cadavid, Guillermo Osorio Escudero, Guillermo de Jesús Areiza, Henry Alberto Castrillón, Jairo Rodríguez Pardo, Jesús Aníbal Gómez, Jesús Antonio Benítez, Jesús Antonio García, Jesús Emilio Calle Guerra, Jesús Orlando Vásquez Zapata, Jorge Luis Puerta Londoño, José Abelardo Madrid, José Alberto Osorno Betancur, José Danilo Amariles Ceballos, Juan de Dios Palacio Múnera, Julio Martín Flórez Ortiz, Libardo Antonio Cataño Atehortúa, Luis Adalberto Lozano Ruiz, Luis Ángel de Jesús Moreno San Martín, Luis Eduardo Hincapié, Luis Eduardo Sierra, María del Carmen Idárraga, María Dolly Bustamante, María Soledad Niño, Olga Agudelo Barrientos, Oscar de Jesús Agudelo, Pablo Emilio Gómez Chaverra, Pablo Emilio Idárraga Osorio, Regina del Socorro Muñoz Mestre, Roberto Antonio Marín Osorio, Robinson de Jesús María Arena, Rosa Angélica Mazo Arango, Shirley Castaño Patiño, Vidalia Orozco Saldarriaga y tres personas más no identificadas.

Y por el concurso de lesiones personales agravadas, en perjuicio de la integridad personal de:

Mario de Jesús Villa, Johny Jaramillo Restrepo, Norbey Jiménez, Macleris de Jesús Brando Soto, Guillermo Alzate Fonnegra, Miguel Ángel Carrillo, José Antonio Palacios Bohorquez, Olga Palacios San Martín.

**Segundo.** Declarar, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, que CÉSAR AUGUSTO PÉREZ GARCÍA no tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni a la prisión domiciliaria.

**Tercero:** Condénese al señor CÉSAR AUGUSTO PÉREZ GARCÍA a pagar las siguientes sumas de dinero:

Por concepto de perjuicios morales, quedando comprendidos dentro de ellos el daño a la vida en relación, los siguientes montos expresados en salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos:

Para **Esperanza Noris Restrepo** 800 salarios mínimos legales mensuales; para Luz Marina Escobar Cardona 500 salarios mínimos legales mensuales y para María Patricia Restrepo 700 salarios mínimos legales mensuales, los cuales se deberán indexar al momento de la liquidación.

Por concepto de daño moral, también representados en salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos:

Para **María Farney Castaño de Idárraga** 500 salarios mínimos legales mensuales; **Wilmer Idárraga Castaño** 400 salarios mínimos legales mensuales, **Jhoanny Idárraga Castaño** 400 salarios mínimos legales mensuales, y para **Consuelo de Jesús Orozco de Agudelo** 500 salarios mínimos legales mensuales.

**Cuarto:** Compúlsese las copias a que se hace alusión en el capítulo otras determinaciones.

**Quinto:** En firme esta providencia, remítase la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que corresponda, para lo de su cargo.

**Sexto:** La Secretaría de la Sala enviará las copias del fallo a las que alude el artículo 472 del C. de P. Penal.

Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

## I. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

El presente estudio se concentra en dos temas que constituyen los más relevantes de los abordados por la sentencia en examen y que están íntimamente relacionadas, como son: la doble subsunción y el crimen de lesa humanidad. Cada apartado se subdivide en dos con el objeto de, en primer lugar, contextualizar al lector en relación con los preceptos específicos que se cuestionan; y, en segundo término, de reconstruir algunos conceptos que sirven como fundamento de la crítica realizada. Con ello, por supuesto, se abandona la estructura tradicional utilizada en los comentarios jurisprudenciales con el fin de concretar, de forma específica, los apartados en discusión.

## II. ANÁLISIS

### A. La doble subsunción.

1. *Referencias a la sentencia.* La Sala de Casación Penal, realiza el juicio de tipicidad con referencia a los delitos internos de homicidio agravado, lesiones personales y concierto para delinquir agravado. Nos centramos en los dos primeros, que son catalogados por dicha Corporación como crímenes de lesa humanidad. Lo anterior pues la providencia afirma: *“Luego de presentadas las alegaciones correspondientes, el 14 de marzo de 2011 (se) calificó el mérito del sumario, acusando a CÉSAR PÉREZ GARCÍA. En la providencia la Corte se refirió a los hechos ocurridos el 11 de noviembre de 1988 en Segovia, los cuales tipificó como un concurso de delitos de homicidio agravado y lesiones personales, comportamientos que estimó constituían por su gravedad y sistematicidad, delitos de lesa humanidad, bajo el epígrafe de “Masacre de Segovia”. Igualmente le fue imputado el delito de concierto para delinquir agravado”.*

A su vez, se agregó: *“(…) desde este punto de vista es posible conferirle a delitos que en el ámbito del derecho penal común se denominan “homicidios o lesiones personales”, la categoría de delitos de lesa humanidad (...)”.* En la misma línea argumentativa, concluyó: *“(…) se configuran los presupuestos sustanciales del artículo 232 de la ley 600 de 2000 para condenar al procesado por la comisión del concurso de conductas punibles de concierto para delinquir, homicidio agravado y lesiones personales agravadas en concurso material y heterogéneo, que se consumaron el 11 de noviembre de 1988 en el municipio de Segovia”.*

Agregó, finalmente, que: *“El 13 de mayo de 2010 la Sala avocó conocimiento y dispuso continuar con la investigación por tratarse de una conducta imprescriptible. No sobra precisar que si bien las lesiones personales imputadas al procesado requieren querrela como requisito de procedibilidad para incoar la acción, resultaría ilógico en este caso exigir el cumplimiento del mismo, toda vez que al considerarse estas conductas como de lesa humanidad la existencia de aquél presupuesto no se compadece con la magnitud de la lesión jurídica que un hecho de esta naturaleza comporta”.*

2. *Consideraciones conceptuales y análisis crítico.* Frente a estas argumentaciones, oportuno y necesario se torna retomar el criterio de la *doble subsunción* propuesto por Malarino para confrontar, de forma sucinta pero crítica, la forma en que la providencia subsume la conducta en dos preceptos distintos, sin seguir un criterio único en esta materia. El criterio de doble subsunción, recuérdese, se basa en “la combinación entre derecho interno y derecho internacional (...)”<sup>1</sup>, el cual “(...) se da tal manera que el segundo se aplica en aquellos aspectos en los cuales la utilización del primero conduciría a obstaculizar la persecución penal”<sup>2</sup>, generando así “(...) una subsunción primaria de tipificación y sanción por las leyes locales y una subsunción secundaria de cualificación por las normas internacionales”<sup>3</sup>.

La asunción del criterio de la *doble subsunción* es evidente en los extractos transcritos en precedencia, puesto que la Sala de Casación Penal subsumió la conducta concreta en los preceptos de la ley interna (Código Penal Colombiano) bajo el juicio de tipicidad<sup>4</sup> de los tipos internos de homicidio agravado y lesiones personales, pero además calificó dichas conductas en el género de crímenes de lesa humanidad. No obstante, en el Derecho penal internacional las descripciones típicas utilizadas por la Corte Suprema parecen ajenas a los actos constitutivos de crímenes de lesa humanidad que incluye el Estatuto de Roma en su artículo 7, en cuyo primer apartado se regulan en los siguientes términos: “**Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad.** 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. (...)”.

<sup>1</sup> MALARINO, Ezequiel. El crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas en la jurisprudencia argentina: algunos problemas en relación con el principio de legalidad. En: MALARINO, Ezequiel. Derechos Humanos y Derecho penal. Bogotá: Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, 2012. p. 97.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte general. Medellín: Librería Jurídica Comlibros, 2.009. p. 554 y sigtes.

Así, de acuerdo a las conductas descritas en los hechos expuestos en la sentencia, las más cercanas podrían ser la de *asesinato* del apartado (a), en relación con el homicidio agravado, y la de *otros actos inhumanos* del apartado (k), respecto a las lesiones personales agravadas, por lo cual resulta impreciso el juicio de analogía que se hizo, pues aparte de que son normas distintas tienen redacciones y elementos típicos muy distintos. Es más, de manera muy extraña, en esta sentencia no se explica de forma convincente por qué se utiliza un doble juicio de subsunción cuando se mezclan dos normas totalmente distintas, es decir, el apartado 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma y las conductas descritas en el Código Penal colombiano. Nótese que la misma jurisprudencia solo admite la combinación de algunos preceptos normativos en casos de favorabilidad penal, en aplicación del concepto de *lex tertia*<sup>5</sup>, el cual no viene al caso en estudio por ser presupuestos fácticos totalmente distintos.

Es más: A pesar de que no se tienen en cuenta las conductas y los elementos de los crímenes concretos<sup>6</sup>, sí se utilizan como fuente cualitativa institutos como los de la imprescriptibilidad y la prohibición de desistimiento de la acción penal, con fundamento en el Estatuto de Roma. Desde luego, si se hubiese querido considerar exclusivamente su cualificación como de crímenes de imprescriptibles, habría podido utilizar como fuente normativa la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968<sup>7</sup>, pero siempre y cuando Colombia hubiese firmado y ratificado dicha Convención, lo cual no ocurrió; sin embargo, nada de ello refiere la Corte Suprema en su sentencia.

Así mismo, como criterio adicional habría podido fundamentar la imprescriptibilidad en una presunta conducta de *ius cogens* reconocida por algunos órganos internacionales, lo cual hubiese sido un poco más difícil de discutir, pero tampoco fue referido por la Corte.

## **B. El crimen de lesa humanidad.**

**1. Referencias a la sentencia.** El proveído utiliza el criterio del elemento contextual para poder encuadrar dichas conductas como crímenes de lesa humanidad. En ese sentido, afirmó lo siguiente: “Claro, porque según lo ha definido la Sala, un delito de homicidio se cataloga crimen de lesa humanidad, no por la gravedad intrínseca que una conducta de tal naturaleza conlleva o por la importancia individual de la víctima, sino por la sistematicidad de su ejecución que en muchos casos devela una compleja operación criminal”. Incluso,

<sup>5</sup> Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del tres de septiembre de 2.001, radicado: 16.837.

<sup>6</sup> Véase los elementos de los crímenes. [en línea] «<http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/336923d8-a6ad-40ec-ad7b-45bf9de73d56/0/elementsofcrimeseng.pdf>».

<sup>7</sup> La versión en español está disponible en línea: «[http://www2.ohchr.org/spanish/law/crimes\\_guerra.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/law/crimes_guerra.htm)».

en relación con su propio precedente, añadió: “Es más, la consideración que ha hecho la Sala de los acontecimientos ocurridos en el municipio de Segovia como delitos de lesa humanidad, en atención a que este suceso fue consecuencia de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil, supone necesariamente un acuerdo de voluntades que permanece en el tiempo y que afecta la seguridad pública, bien jurídico cuyo riesgo se incrementó por la persistencia de las acciones de este grupo ilegal”.

Asimismo, al justificar la subsunción en la categoría de crímenes de lesa humanidad, tajantemente dijo: “Claro, porque según lo ha definido la Sala, un delito de homicidio se cataloga crimen de lesa humanidad, no por la gravedad intrínseca que una conducta de tal naturaleza conlleva o por la importancia individual de la víctima, sino por la sistematicidad de su ejecución que en muchos casos devela una compleja operación criminal, que en este caso tuvo como objetivo el grupo político de la Unión Patriótica. En eso no hay duda: la “Masacre de Segovia” no es un acontecimiento que se pueda separar de lo ocurrido en esa época en el contexto nacional, dado que se constituye en un episodio más de un conjunto de acciones que llevaron incluso al asilo a muchos dirigentes con el fin de salvar sus vidas, entre ellas la misma Rita Ivonne Areiza, ex alcaldesa del municipio escenario de los hechos”.

A su vez, y con el fin de probar la existencia de dicho elemento, en la mencionada sentencia se expone: “La sistematicidad como componente esencial de la acción en el lenguaje de la infracción a los derechos humanos la ilustra con propiedad Hernán Motta Motta –miembro de ese partido y ex representante a la Cámara, exiliado por la persecución de que fue objeto–, como el epílogo de una serie de atentados contra ese grupo político, o Aída Abella, también asilada por su pertenencia a la exterminada Unión Patriótica, pese a que la totalidad de los muertos no pertenecían a esa colectividad”. En el mismo sentido, sostiene: “Es más, la Corte Interamericana en decisión del 26 de mayo de 2010 se refirió a la sistematicidad del ataque como elemento central de acciones de las que fueron víctimas miembros de la Unión Patriótica, lo cual no deja dudas de la estructura y generalidad del ataque, elemento esencial en la configuración del delito de lesa humanidad. A su vez, reiterando lo ya citado, afirmó: “En efecto, según lo ha explicado la Corte, a la hora de establecer principios en el caso de graves infracciones a los derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad están asociados más que con la existencia de un conflicto armado o con la gravedad inherente de una determinada conducta, con la sistematicidad a manera de elemento material del ataque, y con el conocimiento como componente subjetivo de la acción, características a las que con conocimiento de causa se refiere el ex representante Motta Motta en su declaración y la Corte Interamericana en la decisión indicada”.

Finalmente, en la misma línea argumentativa, se asegura que: “Desde este punto de vista es posible conferirle a delitos que en el ámbito del derecho penal común se denominan *homicidios o lesiones personales*, la categoría de delitos de lesa humanidad, tanto más si para la época de su comisión,

Colombia ya había suscrito tratados que acentúan la sistematicidad y generalidad del ataque como criterios diferenciadores entre un delito común y conductas que en el nivel de la macro criminalidad afectan de manera superlativa los derechos humanos”.

**2. Consideraciones conceptuales y análisis crítico.** Los crímenes se pueden catalogar para este estudio en delitos de derecho interno, crímenes de trascendencia internacional, crímenes internacionales de origen convencional distintos al Estatuto de Roma y crímenes internacionales principales (*core crimes*). Los delitos de derecho interno, son los concebidos dentro de cada sistema jurídico nacional, manejando distintas estructuras según la tradición jurídica a la que pertenezcan, destacándose los tres modelos que más influencia tienen, es decir, el derecho continental (*civil law*), el *common law* y el derecho penal islámico<sup>8</sup>.

En el caso en estudio, nos centraremos en los dos primeros. Dentro del derecho de tradición continental, se pueden destacar tres principales estructuras del delito, sin ánimo de entrar en mayor profundidad en el tema: 1) El sistema tripartito: este sistema concibe un delito compuesto por una acción típica, antijurídica y culpable<sup>9</sup>; 2) el sistema bipartito: para este modelo se estructura el delito como compuesto por una fuerza física y una fuerza moral<sup>10</sup>. Y, 3) El modelo francés, en el cual se encuentran distintas estructuras, destacándose tanto las teorías bipartitas como las tripartitas<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Se debe señalar que algunos autores incluyen esta tradición dentro de los antecedentes de conceptos como el *mens rea* en Derecho penal internacional (véase, BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: The Case for a Unified Approach*. Portland: Hart Publishing, 2013. p. 22).

<sup>9</sup> Véase BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España. *En: Cuadernos de política criminal*, no. 63, 1997. p. 40.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> De forma expositiva, Ambos reconstruye de la siguiente manera las principales tendencias en Francia: “es posible hoy en día distinguir en la doctrina francesa las siguientes posturas: 1) Teoría clásica de los tres elementos constitutivos del hecho punible, cuales son: “élément légal”, “élément matériel” y “élément moral”, “psychologique” o “intellectuel”. 2) Teoría de los tres elementos constitutivos del hecho punible a los que se les une un cuarto elemento independiente, éste es, el “élément injuste”. También se la denomina teoría de los cuatro elementos. 3) Teoría de los tres elementos constitutivos del hecho punible, junto al “élément injuste”, pero sin el elemento legal, por encontrarse éste fuera del hecho punible, siendo en realidad entendido como una condición previa a su existencia (“préalable légal”). 4) Teoría de los dos elementos constitutivos del hecho punible (elemento material y elemento psicológico), considerando al elemento legal, al igual que la teoría anterior, como condición previa al hecho punible (“préalable légal”). 5) Teoría objetiva de los dos elementos constitutivos del hecho punible (elemento legal y elemento material) siendo el hecho punible completamente objetivo, exteriorizado a través de un acto o acción

El derecho del *common law*, concibe un delito bipartito compuesto, en principio, por dos categorías específicas: el *actus reus* y el *mens rea*<sup>12</sup>. De forma general, dice Dressler, el *actus reus* hace referencia a la “porción física o externa del crimen”<sup>13</sup>, y el *mens rea* es “la característica mental o interna”<sup>14</sup>. Esta clasificación es muy general y, en el seno de debate al respecto, cada país maneja variantes distintas y diversas discusiones académicas. Algunos consideran que el delito se divide en *actus reus*, *mens rea* y *defences*<sup>15</sup>, otros lo generalizan a ofensas y defensas, siendo debatido qué contiene cada uno<sup>16</sup>, sin perjuicio de otras clasificaciones que en un estudio más específico se puedan encontrar<sup>17</sup>. Al respecto, se debe recordar que en el Derecho penal islámico se diferencian tres tipos de crímenes: los *húddud*, los *quisas* y *diyya*, y los *Ta’azir*<sup>18</sup>, y, dependiendo de la categoría a la que pertenezca, tendrá una estructura distinta de análisis que permita determinar la responsabilidad penal<sup>19</sup>.

Con base en algunos postulados del Derecho penal del *common law*, en el Derecho penal internacional existe un consenso más acentuado en la estructura general que se maneja, gracias a la consolidación que trató de hacer el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia (TPIY)<sup>20</sup>, sin perjuicio de

---

(material), dejando toda la faz subjetiva del hecho dentro de la culpabilidad. 6) Teoría objetiva del elemento único del hecho punible, la cual admite sólo características objetivas como elementos propios constitutivos del hecho punible (“proprements constitutifs”). Esta teoría considera al elemento legal como una condición previa y, a la faz subjetiva del hecho, como una categoría del actor (“théorie du délinquant”) o bien, como una categoría de la imputación (“imputabilité”). 7) Teoría objetivo-subjetiva (mixta) de los dos elementos constitutivos del hecho punible, que reconoce junto al elemento material, también al elemento moral, pero considerando las características propias del actor (por ejemplo: coacción, demencia) como una categoría independiente del delincuente” (se omiten pies de página del original). Véase, AMBOS, Kai. Observaciones a la doctrina francesa del hecho punible desde la perspectiva alemana. *En*: *IndretPenal*, 3.08, 2.008. p. 4 y 5 [en línea] «[http://www.indret.com/pdf/556\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/556_es.pdf)».

<sup>12</sup> Véase DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*. Sixth Edition. San Francisco y New Providence: Lexis Nexis, 2012. p. 85.

<sup>13</sup> “(...) the physical or external portion of the crime”, DRESSLER, *idem*, p. 85.

<sup>14</sup> “(...) the mental or internal feature”, *ibid*, p. 85.

<sup>15</sup> Véanse las referencias de AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law*, Volume I: Foundations and General Part. Croydon: Oxford University Press, 2013. p. 100; WERLE, Gerhard, *et al.* tr. María Gutiérrez *et al.* *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 245.

<sup>16</sup> Acerca del debate contemporáneo, véase GARDNER, John. *Ofensas y defensas*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 99 y sigtes.

<sup>17</sup> Frente a los distintas concepciones de *mens rea* en distintos países del Common Law, BADAR, *Ob. cit.*, p. 31 y sigtes.

<sup>18</sup> Véase las referencias de BADAR, *Ob. cit.*, p. 205.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, p. 208.

<sup>20</sup> Véase WERLE, *Ob. cit.*, p. 246 y sigtes.; BADAR, *ibid.*, p. 287 y sigtes.

que existan variantes en la academia; por ejemplo, Kai Ambos concibe una estructura bipartita compuesta por ofensas/atribución de responsabilidad (que incluye el *actus reus* y el *mens rea*) y defensas/aspectos de exclusión de responsabilidad (tanto sustanciales como procesales)<sup>21</sup>. La convergencia de los sistemas del delito del *common law* y del derecho continental en la Corte Penal Internacional ha generado un interesante panorama<sup>22</sup>.

Frente a la segunda categoría anunciada inicialmente, es decir, los delitos de trascendencia internacional, se debe decir, en primer lugar, que se encuentran distintas denominaciones al respecto, entre ellas, la de delitos de trascendencia internacional o la de crímenes internacionales de origen convencional distinto al Estatuto de Roma. Los delitos de trascendencia internacional, son los que a pesar de ser crímenes con origen en convenciones internacionales, no constituyen crimen internacional propiamente dicho<sup>23</sup>, encontrando como característica "(...) del conjunto de las convenciones y tratados que regulan los "crímenes de trascendencia internacional" que no constituyen "crímenes de Derecho penal internacional" ni son parte de un "Derecho penal supranacional"; en general, sus normas no son "autoejecutables" (*selfexecuting*), sino obligaciones internacionales de diferente intensidad (según la clasificación de Virally: "invitaciones a observar comportamientos", "obligaciones de desarrollo discrecional", "obligaciones generales no concretadas", y "obligaciones concretas"), que en todo caso se encuentran necesitadas de implementación por parte de los Estados suscriptores, conforme a su propio sistema jurídico (...) "<sup>24</sup>.

Los crímenes internacionales de origen convencional distinto al Estatuto de Roma son, según lo explica Ambos, "(...) esencialmente crímenes transnacionales objeto de las, así llamadas, convenciones para la represión, tales como la Convención contra la Tortura, la Convención sobre Bombas Terroristas, o las convenciones sobre estupefacientes de la ONU"<sup>25</sup>. Además, los atentados delictivos principales (*core crimes*), son "los crímenes más

---

<sup>21</sup> Véase AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, Ob. cit., p. 99 y sigtes.

<sup>22</sup> Interesante análisis, en MATUS, Jean Pierre. *La transformación de la teoría del delito en el Derecho Penal Internacional*. Barcelona y Santiago: Atelier y Ediciones Jurídicas de Santiago, 2008.

<sup>23</sup> Véase, MATUS, Jean Pierre. *La política criminal de los tratados internacionales*, *En: Ius et Praxis*, v.13, no. 1, 2007 [en línea]. «disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000100010#nota1](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100010#nota1)».

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Véase, AMBOS, Kai. *¿Castigo sin soberano? Ius puniendi y función del derecho penal internacional*. Dos estudios para una teoría coherente del derecho penal internacional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 16 y 17. A su vez, acerca del fallo del Tribunal para el Líbano respecto del terrorismo, véase AMBOS, Kai. *Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano: ¿Es el terrorismo un crimen internacional?*. *En: Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, no. 7, enero de 2012. p. 143 y sigtes.

graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” y se encuentran positivizados en el Estatuto de Roma, es decir, los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión<sup>26</sup>, estando caracterizados por un elemento internacional que tiene relación directa con el bien jurídico<sup>27</sup> protegido<sup>28</sup>.

Por supuesto, distintas discusiones se han presentado frente al carácter de internacional de estos crímenes, encontrando que contemporáneamente hay una aceptación frente al elemento contextual (*chapeau/ gesamtat*) respecto de los crímenes internacionales principales (*core crimes*)<sup>29</sup>. Frente a los elementos contextuales de los tres más desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, se identifica de forma general la intención de destruir, como elemento del genocidio, la sistematicidad y generalidad de un ataque, como elemento del crimen de lesa humanidad, y el conflicto armado de carácter internacional o no internacional, como elemento del crimen de guerra<sup>30</sup>. Acorde con el concepto contemporáneo de crimen internacional, se puede afirmar que este está compuesto por dos elementos principales: el contextual y el crimen específico, sin perjuicio de la división interna que puede tener cada uno de estos dos elementos<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> En este sentido, WERLE (Ob. cit., p. 79) afirma que “Los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el crimen de agresión son crímenes de derecho internacional. Estos así llamados “crímenes fundamentales” (*core crimes*) son los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”; y están sujetos a la competencia de la Corte Penal Internacional”.

<sup>27</sup> Frente al concepto de bien jurídico o de legal interest, véase: AMBOS, ¿Castigo sin soberano?, Op. cit., p. 57 y sigtes. Respecto a los posible bienes jurídicos en el derecho penal internacional, véase WERLE, idem, p. 82 y sigtes.; y, en relación con los posibles intereses legales o bienes jurídicos protegidos por cada crimen, véase SATZGER, Helmut. International and European Criminal Law. München: C. H. Beck, Hart y Nomos, 2012. p. 247 y sigtes., 256 y sigtes. 264 y sigtes. Reconstruyendo la evolución de los distintos intereses legales que se han propuesto, BASSIOUNI, M. Cherif. Introduction to International Criminal Law, Second Revised Edition. Leiden y Boston: Martinus Nijhoff publishers, 2013. p. 149 y sigtes.

<sup>28</sup> En este sentido, WERLE (Ob. cit., p. 84) afirma, que “La relación con los más altos intereses de la comunidad internacional queda establecida en todos los crímenes de derecho internacional a través de un elemento común (el aquí denominado elemento internacional): todos los crímenes de derecho internacional requieren un contexto de ejercicio de violencia sistemático o masivo; la responsabilidad por el empleo de esta clase de violencia recae, por regla general, en un colectivo, normalmente en un Estado”.

<sup>29</sup> AMBOS, Treatise on International Criminal Law, Vol. I, Op. cit., p. 84; WERLE, Op. cit., p. 248.

<sup>30</sup> En este sentido AMBOS, idem, p. 85.

<sup>31</sup> SATZGER, Op. cit., p. 256.

El crimen de lesa humanidad se ha desarrollado a través de la historia<sup>32</sup> hasta consolidar su estructura en el Estatuto de Roma<sup>33</sup>, sin perder de vista los aparentes consensos que existían con antelación al establecimiento del Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>34</sup>, esto es, se observa una evolución que va desde el crimen propio del conflicto armado hasta la contemporánea concepción que concibe su posible comisión en situaciones ajenas al conflicto. A su vez, frente al crimen de lesa humanidad<sup>35</sup> establecido en el Estatuto de Roma se puede evidenciar que el elemento contextual está compuesto por un ataque<sup>36</sup>, sistemático o generalizado<sup>37</sup>, dirigido en contra de cualquier población civil<sup>38</sup>, como parte de un plan o política<sup>39</sup> y con conocimiento de dicho ataque<sup>40</sup>. Bajo este marco normativo y conceptual, sin ánimo de profundizar en tema tan complejo, se impone entonces, confrontar las nociones anteriores con las argumentaciones de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia objeto de análisis.

Si se lee con detenimiento el texto del proveído se puede concluir que ese organismo adopta como elementos contextuales, la sistematicidad, la generalidad del ataque, la dirección en contra de la población civil y el conocimiento como componente subjetivo de la acción. Ello evidencia, en primer lugar, que la Sala olvidó la necesidad de que se presente un plan

<sup>32</sup> La idea de este comentario no es hacer una reconstrucción exhaustiva de este punto, pero al respecto puede verse: AMBOS, Kai. *Crimes against Humanity and the International Criminal Court*. En: Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, 1st ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 279 y sigtes.; AMBOS, Kai. *Treatise of international Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing*. Croydon: Oxford Univesrity Press, en prensa, p. 46 y sigtes.; BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity, Historical evolution and contemporary application*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 1 y sigtes.

<sup>33</sup> AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. II, Op. cit., p. 49.

<sup>34</sup> WERLE, Op. cit. p. 462.

<sup>35</sup> Frente a la estructura del elemento contextual antes del Estatuto de Roma, véase CHARLES RUSELL, Cameron. *The Chapeau of crimes against humanity, the impact of the Rome Statue of the International Criminal Court*. En: *Eyes on the ICC*, No. 8, 25, 2011-2012, p. 28 y sigtes. [en línea] «<http://heinonline.org>».

<sup>36</sup> AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law*, vol. II, Op. cit., p. 58 y sigtes.

<sup>37</sup> AMBOS, *idem*, p. 59 y sigtes.; WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, Christian. El elemento contextual del crimen de lesa humanidad: una visión en el marco de las decisiones de la corte penal internacional. En: BOEGLIN, Nicolás *et al.* (Editores). *La Corte Penal Internacional una perspectiva Latinoamericana*. San José: University for Peace *et al.*, 2012, p. 2 y sigtes. [en línea]. «<https://www.upeace.org/OKN/collection/cortepenal/La%20Corte%20Penal%20Internacional-Una%20perspectiva%20latinoamericana.pdf>».

<sup>38</sup> AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. II, p. 63 y sigtes.

<sup>39</sup> AMBOS, *idem*, p. 67 y sigtes.; WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, Ob. cit., p. 8 y sigtes.

<sup>40</sup> AMBOS, *Ibid.*, p. 77 y sigtes.

o política, requisito que sí toman como base el Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la CPI, pues es un elemento esencial e intrínseco de la tipificación contenida en el artículo 7 de aquél.

Además, en segundo lugar, frente al conocimiento como componente subjetivo de la acción<sup>41</sup> vale poner de presente que la Sentencia no diferencia entre el conocimiento de la conducta específica –como requisito exigido en todo tipo penal interno, referido solo al dolo que definen el artículo 22 del C. P.<sup>42</sup> y el artículo 30 del Estatuto de Roma para todas las conductas constitutivas de crímenes internacionales<sup>43</sup>–, con el conocimiento del elemento contextual que expresamente exige el artículo 7 del Estatuto de Roma<sup>44</sup>, es decir, el conocer por parte del sujeto de que se está actuando en el contexto de un ataque sistemático o generalizado, dirigido en contra de cualquier población civil, como parte de un plan o política. Ello, por supuesto, en este caso no se demostró.

Tampoco, en tercer lugar, aborda la sentencia los criterios de sistematicidad y generalidad que utiliza en el caso específico, sin quedar claro si asume alguno de los referentes internacionales o crea un criterio propio, desconociendo que a pesar de estarse generando un aparente consenso acerca de algunos elementos referidos a la positivización en el Estatuto de Roma, existen divergentes líneas de pensamiento al respecto, debiéndose destacar que la CPI maneja varias concepciones distintas a las de los tribunales Ad-Hoc. Esto, desde luego, es preocupante si se tienen en cuenta los hechos que se juzgan y la responsabilidad penal de la persona involucrada.

---

<sup>41</sup> En derecho penal internacional, respecto del artículo 30 del Estatuto de Roma, se discute acerca de cuál debe ser el objeto de referencia y qué connotación puede tener la referencia a elementos materiales (material elements), al respecto véase AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. I, p. 270 y sigtes.

<sup>42</sup> Artículo 22 del C. P.; al respecto véase VELÁSQUEZ, Op. cit., p. 620 y sigtes.

<sup>43</sup> “**Artículo 30. Elemento de intencionalidad.** 1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. 2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos”. 3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido”.

<sup>44</sup> Acerca del elemento subjetivo referente al elemento contextual, véase SATZGER, Op. cit., p. 258 y 259. Contextualizando la discusión acerca de la existencia de dos elementos subjetivos en el crimen de lesa humanidad, es decir el del artículo 7 y el del artículo 30, véase AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. I, Op. cit., p. 281.

De la misma forma, en cuarto lugar, la providencia no asume la diferencia entre crímenes internos y crímenes internacionales –expuesta previamente–, como tampoco tiene presente que si quería tener en cuenta los crímenes del Estatuto de Roma, su valoración, por tener influencia del sistema tanto del *common law* como del derecho continental, es distinta.

Finalmente, en quinto lugar, se debe dejar la inquietud, por lo menos en relación con dos temas más, que tienen gran relación con lo acá tratado: de un lado, se impone referirnos a la violación del principio de legalidad y la discutible aplicación de un criterio como es el de lesa humanidad basado en el Estatuto de Roma, teniendo en cuenta que para el momento de los hechos objeto de decisión, dicho Estatuto todavía no existía, con el agravante de que el concepto utilizado por los compendios normativos previos al de Roma, manejaban estructuras distintas al concepto contemporáneo, que inclusive, exigían que los hechos se cometieran en medio del conflicto armado<sup>45</sup>.

De otro lado, se impone hacer referencia a la inclusión de elementos propios del derecho natural como fundamento de la antijuridicidad penal, puesto que la Corte alcanza a afirmar que la filosofía de los derechos humanos puede ser el fundamento de un juicio netamente jurídico, como lo es la tutela de bienes jurídicos legalmente protegidos, por medio del juicio de antijuridicidad. Ello, por supuesto, no deja de ser preocupante porque supone adoptar categorías que no tienen coherencia alguna con lo dispuesto en el Código Penal y en la propia Constitución Política.

### III. CONCLUSIONES

De lo expresado se puede concluir, entonces, que la Sala de Casación Penal aplicó una doble subsunción de las conductas en estudio sin tener en cuenta las particularidades que genera la diferencia, tanto de la estructura típica de los supuestos de hecho como de la propia del análisis que en el Derecho penal internacional contemporáneo combina elementos de sistemas de distintas tradiciones jurídicas. Además, gracias a la doble subsunción, la providencia en examen califica las conductas como de lesa humanidad, sin tener en cuenta la estructura de los crímenes en concreto, con el único fin de darle connotaciones cualitativas como la atinente a la imprescriptibilidad; un debate difícil todavía no librado en el derecho nacional. También, a pesar de que en principio pareciera que el proveído asume el concepto del elemento contextual propio de los crímenes internacionales, la verdad es que un análisis detallado del mismo permite concluir que acoge un punto de partida que no se corresponde con los estándares internacionales en la materia. Así las cosas, esta sentencia no aprueba el examen cuando se confrontan los conceptos que emplea con las categorías propias del Derecho penal internacional; algo que, por supuesto, no debería repetirse en futuros análisis cuando se abordan tan delicadas materias.

---

<sup>45</sup> AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. I, Op. cit., p. 47.

En fin, muchas otras podrían decirse en relación con una decisión judicial que es fruto de una actuación violatoria del debido proceso, asume un concepto iusnaturalista de antijuridicidad y aplica de forma ilegal y simultánea dos códigos penales; y, para acabar de ajustar, que se ha producido después de una investigación que tardó veinticinco años cuando había prescrito la acción penal para dejar, de nuevo, el principio de legalidad en entredicho. Esto para no reparar en las problemáticas probatorias, algo muy difícil en el presente caso y que el proveído despachó de la forma más elusiva posible.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai. Observaciones a la doctrina francesa del hecho punible desde la perspectiva alemana. En: *IndretPenal*, 3,08, 2,008. p. 4 y 5 [en línea] «[http://www.indret.com/pdf/556\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/556_es.pdf)».

----- . ¿Castigo sin soberano? *Ius puniendi* y función del Derecho penal internacional, dos estudios para una teoría coherente del Derecho penal internacional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

----- . Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano: ¿es el terrorismo un crimen internacional? En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3a época, no. 7, enero de 2012. p. 143-173.

----- . Crimes against Humanity and the International Criminal Court. En: Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, 1st ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

----- . *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*. Croydon: Oxford University Press, 2013.

----- . *Treatise of international Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing*. Croydon: Oxford University Press, en prensa.

BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: The Case for a Unified Approach*. Portland: Hart Publishing, 2013.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity, Historical evolution and contemporary application*. New York: Cambridge University Press, 2011.

----- . *Introduction to International Criminal Law, Second Revised Edition*. Leiden y Boston: Martinus Nijhoff publishers, 2013.

BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO. Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España. En: *Cuadernos de política criminal*, no. 63, 1997. p. 595-652.

CHARLES RUSELL, Cameron. The Chapeau of crimes against humanity, the impact of the Rome Statute of the International Criminal Court. En: *Eyes on the ICC*, no. 8, 25, 2011-2012. p. 28 y sigtes. [en línea] «<http://heinonline.org>».

DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*. Sixth Edition. San Francisco y New Providence: Lexis Nexis, 2012.

GARDNER, John. *Ofensas y defensas*, Madrid: Marcial Pons, 2012.

MALARINO, Ezequiel. *El crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas en la jurisprudencia argentina: algunos problemas en relación con el principio de legalidad*. En: MALARINO, Ezequiel. *Derechos humanos y Derecho penal*. Bogotá: Editorial Ibáñez y Pontificia Unversidad Javeriana, 2012.

MATUS, Jean Pierre. *La política criminal de los tratados internacionales*, En: *Ius et Praxis*, v.13, no.1, 2007. [en línea] «[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000100010#nota21](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100010#nota21)».

------. *La transformación de la teoría del delito en el Derecho penal internacional*. Barcelona y Snatiago: Atelier y Ediciones Jurídicas de Santiago, 2008.

SATZGER, Helmut. *International and European Criminal Law*. München: C.H. Beck, Hart y Nomos, 2012.

VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal, Parte general*. 4 ed. Medellín: Comlibros, 2.009.

WERLE, Gerhard, et al. *Tratado de Derecho penal internacional*. Tr. María Gutiérrez *et al.*, 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, Christian. *El elemento contextual del crimen de lesa humanidad: una visión en el marco de las decisiones de la corte penal internacional*. En: BOEGLIN, Nicolás *et al.* (Editores). *La Corte Penal Internacional una perspectiva Latinoamericana*. San José: University for Peace et al., 2012, p. 2 y sigtes. [en línea]. «<https://www.upeace.org/OKN/collection/cortepenal/La%20Corte%20Penal%20Internacional-Una%20perspectiva%20latinoamericana.pdf>».

# IV

## Bibliografía





VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. Manual de Derecho penal, parte general. 5ª. ed. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2013. 955 p.

Esta nueva edición de este Manual, que llega ya a su quinta versión, es la obra más consultada por los estudiantes de Derecho en Colombia y por todo estudioso que quiera adentrarse en la discusión académica de la Parte General del Derecho penal nuestro. Se trata, pues, de un texto cuya importancia y vigencia nadie puede desconocer porque ha traspasado las fronteras y se ha ganado el respeto y reconocimiento de la doctrina foránea de forma muy merecida.

En el texto –que aparece transcurridos tres años de la anterior edición–, el autor reafirma su propuesta dogmática de un Derecho penal respetuoso de los derechos y garantías fundamentales, en el marco de un Estado social y democrático de derecho, como el consagrado en la Constitución de 1991. Por supuesto, es muy difícil resumir en pocas páginas el contenido de un texto que compila en una sistemática coherente y ordenada, todos los fundamentos de la Parte general del Derecho penal y que, seguramente, está destinado a seguir enseñando y guiando a estudiantes y profesionales sobre la difícil labor de comprender y aplicar el Derecho penal en una sociedad como la colombiana. Una sociedad que a diario impone nuevos retos al Derecho penal, en temas como la corrupción –tanto pública como privada–, el proceso de paz y la justicia transicional, la delincuencia común y la delincuencia organizada, asuntos en los que hay que encontrar un verdadero sentido de la justicia y, para ello, no hay otro camino que adentrarse de forma responsable en las bases de un Derecho penal pensado para un Estado democrático.

Precisamente, el punto de partida del Manual es la definición del Derecho penal, sus características, su función y las ciencias afines

que le sirven de apoyo. Luego, pasa al tema de la principialística del Derecho penal, donde estudia el sentido y el alcance de las normas rectoras de la ley penal, desde una óptica constitucional, que son clasificadas como límites formales y materiales al ejercicio de la potestad punitiva que sirven como bases para la aplicación del derecho punitivo, en el marco de un Estado democrático respetuoso de las garantías individuales. Un tema de suma importancia, pero que a diario es desconocido en la práctica, a pesar de su existencia y vigencia.

Por supuesto, uno de los temas que mayor preocupa al autor es el de la pena que desarrolla de forma exhaustiva en la parte introductoria donde se definen los fines y funciones y, además, en los últimos capítulos en los que explica no solo las penas contenidas en la ley penal sino la forma en que debe hacerse su determinación en una sentencia. De esta manera, primero se discute sobre las diferentes concepciones iusfilosóficas de los fines de la pena y, luego, el discurso se aterriza en la práctica, para señalar de manera clara y precisa el sistema de determinación de las sanciones penales a la luz del Código Penal; un aporte muy significativo que aborda una problemática que se omite por parte de la doctrina y que es mal aplicado por los funcionarios judiciales en la práctica.

Además, en lo relacionado con las corrientes dogmáticas, se puede encontrar un capítulo muy bien elaborado sobre las diferentes corrientes (clásica, neoclásica, finalista y funcionalista) que ubica de forma sencilla al lector sobre la evolución de la Dogmática penal y las principales diferencias entre las distintas corrientes. Este capítulo es muy significativo, no solo porque el autor describe en él los contenidos sino porque toma una postura y la explica de forma magistral. Igualmente, y era de esperarse del maestro, en este aparte hace una dura crítica –muy bien fundada– a ciertos planteamientos dogmáticos de algunas concepciones que, de acuerdo con él, no se acomodan al modelo de Estado y de sociedad concebidos en la Carta Política de 1991.

En cuanto a la teoría del delito respecta, el expositor desarrolla de manera especial todos los tópicos atinentes a las diferentes categorías dogmáticas, comenzando por la conducta, donde él mismo desarrolla una concepción propia definiéndola como conducta social-final que, sin duda, hace un aporte significativo para la solución de muchos casos difíciles de resolver según otras concepciones. Luego, en la categoría de la tipicidad, propone y explica de forma profunda cinco

estructuras típicas: delitos dolosos comisivos, culposos comisivos, dolosos omisivos, culposos omisivos y preterintencionales. Esta categorización de las estructuras típicas es una propuesta que facilita el estudio y el desarrollo de los contenidos de cada uno de los elementos configuradores de cada estructura; se trata, además, de una metodología que facilita en la práctica la realización del juicio de tipicidad en los casos concretos.

Así mismo, en relación con la categoría de la antijuridicidad, es clara la postura del expositor que propende por una concepción material de la misma y el rechazo en relación con la aplicación de los delitos de peligro abstracto; aquí, el mayor aporte de esta obra es el desarrollo de los elementos estructurales de cada una de las causales de ausencia de responsabilidad en lo atinente a esta categoría, no solamente de forma conceptual sino casuística.

Sobre la culpabilidad, llama la atención la explicación conceptual sobre el error de prohibición y su diferencia con el error de tipo, tema no muy fácil de digerir en la variante jurisprudencia colombiana. En la misma medida, debe hacerse mención el desarrollo que hace del tema de la inimputabilidad, porque se explica con precisión el concepto de acuerdo con la Ley y expone, de forma suficiente, las causales de exclusión de la misma, aunque formula una especial crítica a la posibilidad de que una persona pueda preordenar su estado de inimputabilidad.

Así las cosas, en el marco de esta sistemática jurídica se debe exaltar el esfuerzo por categorizar de forma coherente las causales de ausencia de conducta, las causales de atipicidad y las causales de exclusión de la culpabilidad, diferenciándolas de las causales de justificación, temas estos que han suscitado una gran confusión y discusión entre la doctrina y jurisprudencia nacional. Igualmente, hay que subrayar las explicaciones sobre los dispositivos amplificadores del tipo, para el caso la participación y la tentativa; de especial significación, si se habla del primer dispositivo, es el desarrollo de los criterios diferenciadores entre autoría y participación y su posición frente a la teoría de la autoría mediata en aparatos criminales organizados de poder.

Por último, y no menos importante, es el método de enseñanza que propone para los estudiantes en cuya virtud combina la fundamentación conceptual con la casuística, lo que permite aplicar a casos prácticos la teoría desarrollada, lo cual resulta de suma

utilidad para la comprensión y aplicación del Derecho penal para las actuales y futuras generaciones. No hay duda, pues, que esta es una obra importante, realizada con esmero y responsabilidad por su autor, y, como se dijo al inicio de la reseña, es de obligatoria consulta para los estudiosos. Bienvenida pues, la quinta edición del texto que busca seguir el debate y pretende sentar las bases de un Derecho penal democrático.

*Jorge Arturo Abello Gual.*  
Abogado, Especialista en Derecho penal.  
Magíster en Derecho.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO/POSADA MAYA, RICARDO/  
CADAVID QUINTERO, ALFONSO/MOLINA LÓPEZ, RICARDO/  
SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO. Derecho penal y crítica  
al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje a Nodier Agudelo  
Betancur. Bogotá: Ibáñez, 2013, 1422 p.

A mediados del año anterior, el Profesor Nodier Agudelo Betancur festejó su cumpleaños número sesenta y cinco; a propósito de ello, un nutrido grupo de sus alumnos y amigos le rindieron un sentido y merecido homenaje. Las actividades conmemorativas tuvieron lugar en las ciudades de Bogotá D.C. y Medellín, donde se hizo el lanzamiento del libro homenaje que aquí es el objeto de reseña.

No obstante, antes de realizar cualquier referencia a la obra, conviene dejar constancia, aunque breve, de algunos de los aspectos más relevantes de la muy importante trayectoria del Profesor Agudelo Betancur, para que el lector pueda aproximarse a la persona y al legado académico que mereció el homenaje. El mencionado investigador inició sus estudios universitarios en 1967 en las aulas de la Universidad de Antioquia y, una vez culminados, emprendió un largo recorrido académico que lo llevó a visitar, entre otros, el Instituto de Criminología de la Universidad de París, donde en compañía de los Profesores Pierrete Poncela, Jacques Leauté, Jean Pinatel e Yves Pelicier, comenzó sus exploraciones sobre problemáticas como la inimputabilidad; luego, en la Universidad de Bonn, Alemania, tuvo la ocasión de conocer y trabajar junto a los Profesores Hans Welzel y Armin Kaufman.

Tras regresar a Colombia, ejerció su actividad docente por más de 20 años en la Universidad de Antioquia y allí mismo fundó, junto con un grupo de estudiantes contagiados por su entusiasmo, la revista Nuevo Foro Penal, cuya relevancia en la difusión de los saberes penales en Colombia está fuera de discusión. Además de en su *alma mater*, el Prof. Agudelo Betancur ha sido invitado a dictar cursos o pronunciar conferencias en diversas universidades nacionales y extranjeras, concentrando su actividad docente de los últimos tiempos en la Universidad Externado de Colombia.

De su pensamiento democrático y liberal, de su pasión por el Derecho penal, de su vocación docente y de su fecunda carrera académica dan testimonio sus múltiples obras, entre las cuales se destacan su magnífico prólogo a la obra "De los delitos y de las penas" de Cesare Beccaria, y sus esclarecedoras explicaciones sobre los esquemas del

delito y la culpabilidad, o su didáctico libro de casos de Derecho penal. La lectura de estos textos ha sido, es y seguirá siendo, sin duda, obligatoria en las aulas de los pregrados y de los posgrados de todo el país.

Por los motivos expuestos, resulta apenas natural que los Profesores gestores del homenaje, vinculados con las Universidades de los Andes, Sergio Arboleda, Eafit y Pontificia Bolivariana, se animaran a coordinar un Libro Homenaje al cual fueron invitados importantes académicos nacionales y extranjeros quienes, con el propósito de sumarse al reconocimiento, contribuyeron a la confección de una obra conjunta de singular valía, en la que ofrecen a la comunidad académica, a lo largo de casi 1500 páginas, una multiplicidad de trabajos sobre temas variopintos propios de las disciplinas penales y afines.

Son cinco temas diferentes que se abordan a lo largo de los dos tomos. En el Tomo I se encuentran, a más de una Reseña Autobiográfica elaborada por el propio Profesor Agudelo Betancur, la *Laudatio* realizada por el Profesor Velásquez Velásquez al homenajeado y la Presentación general de la obra (cuestiones todas estas que integran la Parte I), las aportaciones que giran en torno a la Política criminal, Criminología y Filosofía del Derecho (Parte II) y a las teorías del Delito y de la Pena (Parte III); mientras que el Tomo II acoge, a su turno, los escritos referidos a la Parte Especial del Derecho penal (Parte IV), el Derecho penal internacional y el conflicto armado (Parte V) y el Derecho procesal penal (Parte VI).

La Parte II, agrupa un total de trece colaboraciones elaboradas por los Profesores Perfecto Andrés Ibáñez, Diego Araque, Carlos Simón Bello Rengifo, Hernán Darío Benítez Naranjo, Carlos Elbert, Gonzalo Escobar Marulanda, Carlos Augusto Gálvez Argote, José Luis Guzmán Dalbora, Hernando Londoño Jiménez, Javier Llobet Rodríguez, Juan Oberto Sotomayor Acosta, Juan Terradillos Basoco y Eugenio Raúl Zaffaroni. Los temas tratados en esta Parte, bajo el nombre Política criminal, Criminología y Filosofía del Derecho, comprenden cuestiones relativas a la relación entre los derechos Penal y Constitucional, el garantismo, la dogmática y la racionalización, la actualidad del pensamiento de Beccaria y algunas precisiones históricas en punto del Derecho penal colombiano.

La Parte III, a su vez, está conformada por las aportaciones de casi una veintena de Profesores, entre nacionales y extranjeros, tales

como Diana Patricia Arias Holguín, Francisco Bernate Ochoa, José Botero Bernal, Jaime Camacho Flórez, Edgardo Alberto Donna, Juan Fernández Carrasquilla, Bernardo Gaitán Mahecha, Enrique Gimbernat Ordeig, Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Diego Manuel Luzón Peña, Ferrando Mantovani, Borja Mapelli Caffarena, José Francisco Martínez Rincones, Carlos Mario Molina Arrubla, Moisés Moreno Hernández, Jesús Antonio Muñoz Gómez, Ricardo Posada Maya, Mario Salazar Marín y Mario Trappani. En esta Parte, denominada teorías del Delito y de la Pena –y con la cual concluye el Tomo I de la obra en cita–, las reflexiones giran en torno a los Principios Generales del Derecho penal, el bien jurídico, la inimputabilidad, la culpabilidad y las penas accesorias.

El Tomo II inicia con la Parte IV, destinada a cuestiones propias de la Parte Especial del Derecho penal. Aquí, los escritos de los Profesores Margarita Rosa Cortés Velasco, Yamila Fakhouri Gómez, José Hurtado Pozo, Enzo Musco, Renato Vargas Lozano, Jorge Enrique Valencia Martínez y Fernando Velásquez Velásquez, se consagran al estudio y al análisis de los delitos ambientales, tributarios y financieros, así como al terrorismo, la inducción o ayuda al suicidio y la corrupción privada.

El Derecho penal internacional y el conflicto armado, constituyen el cuarto gran tema que se desarrolla en el marco de la Parte V y alrededor del mismo se agrupan los aportes de los Profesores, Kai Ambos, Alejandro Aponte Cardona, Hernán Hormazábal Malarée, Hernando León Londoño Berrío, Cristina Méndez Rodríguez, Francisco Muñoz Conde y John Vervaele, quienes se aproximan a estos tópicos desde perspectivas distintas, ofreciendo a los lectores aportes dogmáticos de hondo calado e ilustrativas referencias jurisprudenciales en estas materias.

Finalmente, las lecciones adscritas a la Parte VI, la última del Tomo II y, por ende, del libro, se enfocan en las cuestiones propias del Derecho procesal penal, abordando una diversidad de temas relacionados con esta temática y, en no pocas ocasiones, en clave comparada; es el caso, por ejemplo, del Sistema penal acusatorio, la prisión preventiva, la justicia negociada, las intervenciones corporales y la estructura del proceso colombiano. A ello contribuyeron los Profesores Alfonso Cadavid Quintero, Ramiro García Falconi, Juan Luis Gómez Colomer, Karl Heinz Gössel, Ricardo Molina López, Luis Bernardo Ruiz Jaramillo y José Joaquín Urbano Martínez.

Como podrá percatarse el lector, la relevancia del texto objeto de estas líneas radica en que no sólo cuenta con una motivación excepcional, la de homenajear la vida y obra del Profesor Agudelo Betancur, sino que da cuenta –a lo largo de sus 1422 páginas– de algunos de los temas más discutidos y relevantes de los últimos tiempos. La presente constituye, entonces, una de las contribuciones colectivas más importantes sobre aspectos penales publicadas recientemente en Colombia, no solo por su extensión y variedad, sino, sobre todo, por la calidad de sus contenidos que hacen de ella un texto de referencia para estudiosos y prácticos del Derecho penal, cuyas lectura y consulta no dudo en recomendar.

Finalmente, no puedo dejar de, en primer lugar, felicitar a los coordinadores del libro por el esfuerzo realizado y por tan excelente resultado y, en segundo lugar, aprovechar la ocasión para sumarme al homenaje que le realizaron sus amigos y alumnos al Profesor Agudelo Betancur, expresándole mi reconocimiento por su obra, la cual he conocido y estudiado de la mano de los Profesores Velásquez Velásquez y Vargas Lozano en las aulas de la Universidad Sergio Arboleda, en Bogotá, D. C.

*Laura Nataly Castillo Garay.*  
Egresada de la Escuela de Derecho  
Universidad Sergio Arboleda  
Bogotá D.C., enero de 2014.

SOLÓRZANO GARAVITO, CARLOS ROBERTO. Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral, 4°. ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2012. 580 p.

El autor del texto ha llevado a cabo su actividad profesional en Derecho de manera notable, ocupó cargos como Magistrado auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, Director del C.T.I. de Bogotá, Defensor del Pueblo de Bogotá y abogado litigante. También, goza de un gran éxito en sus actividades como docente universitario, labor que ha llevado a cabo desde los inicios de su vida profesional, desempeñándose actualmente como catedrático de Derecho penal de la Universidad Sergio Arboleda.

En esta oportunidad se presenta la cuarta edición de esta obra, la cual tuvo sus inicios hace ocho años aproximadamente, con la presentación de la primera, publicada en 2005, la cual surgió de un esfuerzo investigativo de más de cuatro años que, en principio, debido a la escasa práctica de las audiencias de juicio oral, enfatizó en la exposición didáctica de cada una de las técnicas que conllevaba el juicio oral, lo que es de vital importancia para el litigante; todo esto desde un enfoque teórico y bajo la égida de los principios del sistema acusatorio. A lo largo de las diferentes ediciones se le han ido adicionando nuevos temas conforme evoluciona la práctica del sistema acusatorio en Colombia, tales como “El descubrimiento probatorio” y la “Incorporación de evidencias”. Adicionalmente, hizo un desarrollo profundo del capítulo primero (los principios que rigen el sistema) y se analizan las sentencias más importantes de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en el tema, incluidos en la segunda edición. En la tercera, además de actualizar los capítulos tratados en la anterior, enfatizó en la evolución de la materia hasta la fecha, siguiendo las pautas dadas por la Corte Suprema de Justicia en temas como el interrogatorio, el contrainterrogatorio, el descubrimiento probatorio y la incorporación de evidencias.

Por último, en esta cuarta edición, los capítulos contemplados en la anterior han sido complementados, mejorados y actualizados con la reciente jurisprudencia nacional y, además, se le han agregado dos nuevos: “La impugnación y credibilidad de testigos” (capítulo IX) y la “Prueba de referencia” (capítulo XIV). De esta manera, el libro está compuesto de un índice general y dieciséis capítulos distribuidos de manera estratégica, los dos primeros se encargan de centrar de manera general el tema desde un punto de vista espacio-temporal. Del capítulo tercero al quince desarrolla el

manejo del sistema acusatorio y las técnicas de juicio oral a lo largo del proceso y; en el dieciséis, presentan una serie de ejercicios prácticos sobre el tema.

En primer lugar, el capítulo I “Sistemas jurídicos procesales Comparados”, se desarrolla a través del recorrido por las principales características de los dos sistemas jurídicos más relevantes en la historia (el inquisitivo y el acusativo) y se hace referencia a un tercero, denominado “mixto”, el cual comparte simultáneamente características de ambos, señalando que este último es el imperante en la actualidad global y que en el caso colombiano este es tendencialmente acusatorio. Mientras, en el capítulo II “Sistema acusatorio y garantías procesales”, el autor hace un recuento de los principios y garantías más importantes del sistema, expone cada uno de ellos y señala el papel que individualmente juegan en el sistema jurídico; además, aprovecha el escenario para presentar temas de gran valía en el proceso penal, tales como las causales de medida de aseguramiento, causales de libertad, la flagrancia, legalidad de la captura, entre otros.

A su vez, el capítulo III “Teoría del caso”, enseña la importancia y la forma como, principalmente las partes, deben preparar su estrategia frente al proceso desde el momento en que se conozca de la existencia del conflicto. Señala la manera en que las partes deben generar el “planteamiento sobre los hechos, las pruebas y su connotación jurídica”, con el fin de promover los hechos relevantes del caso a un estado de hechos probados, a través de la planeación de la práctica de estos en el juicio. A continuación, el capítulo IV, intitulado “Preacuerdo y estilo de negociación”, expone de manera excepcional la figura del “preacuerdo”, comprendida en el Art. 348 de la Ley 906 de 2004, donde señala la forma en la que se debe llevar a cabo -abarcando incluso todas las técnicas que se deben tener en cuenta al momento de la negociación- y las etapas procesales en las cuales se presenta.

A continuación, en el capítulo V, se aborda el tema de los “Alegatos de apertura”, en el cual se instruye sobre la forma en que debe presentarse la teoría del caso -obligatorio para la fiscalía y opcional para la defensa-, profundizando en la estructura que debe tener el alegato, la forma en la que estos deben ser preparados, llegando, incluso, a señalar las técnicas fundamentales que se deben tener al momento de presentarlos, la actitud con la que se debe hacer la presentación de los mismos, el lenguaje corporal que se debe

usar y, en último lugar, los errores que usualmente se presentan al momento de realizar dicha presentación. Posteriormente, el capítulo VI o “Preparación de testigos”, comienza por desmentir la creencia general de que esa tarea sea una práctica en virtud de la cual se busca que el testigo mienta, pues básicamente consiste en lograr que él exponga su conocimiento de la manera más clara posible ante el Juez. En este capítulo se enseña al Abogado cómo debe preparar al testigo, tanto en la técnica al momento de rendir el testimonio como en las implicaciones legales que rodean al mismo, a fin de presentar una declaración descontaminada y correcta. Por último enseña cómo, también, debe prepararse al profesional para estar listo frente a las diferentes situaciones sorpresivas que se puedan presentar en la audiencia.

Con el capítulo VII, intitulado “El interrogatorio o directo”, se aborda el tema de la técnica en preguntas que debe utilizar el abogado frente al testigo que ha llevado al proceso, con el propósito de lograr una adecuada y clara ilustración del Juez. Se describe la manera como debe prepararse el interrogatorio, teniendo en cuenta que el elemento fundamental es el testigo y no el interrogatorio mismo, pues, como lo señala el autor, “el testigo será creíble y recordado por la manera y el contenido de su testimonio, no porque las preguntas que se le hayan hecho fueran brillantes”. Por su parte, en el capítulo VIII, denominado “El contrainterrogatorio”, se describen las técnicas y la manera de examinar al testigo de la contraparte, a través de la realización de preguntas cuyo único propósito es restarle credibilidad al testigo. Dentro de este capítulo se resaltan la importancia, los fines y los límites del contrainterrogatorio (en cuanto al objeto, el contenido y la forma de las preguntas). Además, se exponen la planificación y las reglas del contrainterrogatorio (en lo que respecta a la manera de ejecutarlo), las reglas adicionales para el contrainterrogatorio de peritos y, por último, se hace una práctica diferenciación entre el interrogatorio y el contrainterrogatorio.

En el capítulo IX, llamado “Impugnación de credibilidad de testigos”, se enseña en qué consiste y la manera como se debe llevar a cabo esta institución, por primera vez abordada en esta obra de cara a su relevancia en la actualidad jurídica. Esta figura se presenta como complemento del contrainterrogatorio, que, como ya se mencionó, tiene como fin ulterior restarle fuerza a la teoría del caso de la contraparte a través de la demostración de que el declarante propuesto por esta no es creíble. A continuación, el capítulo X “Redirecto y recontradirecto”, ubicado de manera muy

acertada dentro del orden temático del libro, se basa en la manera en que la Fiscalía y la Defensa buscan recomponer la credibilidad de su teoría cuando a través del ejercicio del interrogatorio y el contrainterrogatorio esto no ha sido posible. En primer lugar, se describe la figura del *redirecto*, se explican sus límites, las técnicas en su ejecución y la oportunidad de su presentación. Posteriormente, se hace lo mismo con el *recontradirecto*.

En el capítulo XI “Las oposiciones”, el autor presenta un brillante desarrollo de esta figura, consistente en la ejecución de “actos encaminados a impedir que al proceso entren elementos que puedan implicar para la contraparte un beneficio no adecuado”. Al recorrer el tema de la *oposición* se destacan el propósito, la oportunidad, las reglas para su formulación, las reglas para quien la recibe, las clases y las audiencias en las cuales se puede presentar.

De manera subsiguiente, en el capítulo XII “Descubrimiento probatorio”, se enseña lo concerniente a “la obligación que tienen la fiscalía, y la defensa, de revelar los elementos que pretendan llevar al proceso como pruebas”. En este capítulo se estudia el descubrimiento probatorio a través de sus finalidades, principios, etapas procesales en las cuales se deben realizar, la relación que se da frente a la víctima y el Ministerio público, el papel del Juez frente a este, la manera como debe realizarse, las restricciones y las consecuencias frente a un indebido descubrimiento probatorio. Más adelante, en el capítulo XIII “Incorporación de evidencias”, se ausulta la manera en que la fiscalía y la defensa deben introducir al proceso las evidencias recogidas con el fin de que sean tenidas como prueba. El orden lógico para el desarrollo del tema comienza por presentar los pasos para realizar la incorporación de las evidencias (donde señala, además, el tipo de evidencias que existen) y se concluye con una serie de ejemplos prácticos sobre la incorporación de cada uno de los tipos de evidencias. Al adentrarnos en el capítulo XIV “Prueba de referencia”, se hace un recorrido por aquella “declaración que dentro de un proceso rinde una persona que no tiene conocimiento directo sobre los hechos, sino que narra aquello que conoció a través de otra persona”, las cuales son admitidas de manera excepcional dentro del proceso. A lo largo del recorrido de la figura se resaltan aspectos importantes como: los casos en los que se da la “admisión excepcional de la prueba de referencia”, la prueba de referencia escrita, la impugnación de la prueba de referencia, la discusión acerca de si el perito debe o no ser considerado una

prueba de referencia y, por último, se resalta la imposibilidad de dictar sentencia condenatoria únicamente basado en la prueba de referencia.

Al abordar el capítulo XV, último capítulo temático del libro, nos encontramos con los “Alegatos orales de conclusión”, donde se enseña como estos, siendo “la última oportunidad de comunicación con el juez”, deben ser expuestos de la “manera más lógica y consistente posible para obtener una decisión favorable”. Por esta razón, a lo largo de todo el capítulo, se dan las pautas necesarias sobre la manera como deben estar estructurados y las técnicas de presentación del alegato final. Por último, en el capítulo XVI, se presentan una serie de casos y talleres dispuestos para simulación del juicio oral, con el fin de que el lector pueda poner en práctica todo lo repasado durante la obra.

Los temas planteados, esta vez por el Profesor Solórzano Garavito, son de vital importancia en nuestra actualidad jurídica, pues él no solo pone a nuestra disposición la estructura actual del proceso penal colombiano, sino que, además, al instruir sobre las técnicas y estrategias del juicio oral, se perfila como una interesante herramienta de ayuda para la generalidad de abogados litigantes debido a la tendiente oralidad a la que apunta el Derecho colombiano, cada vez más con mayor vehemencia. Además, la riqueza de esta obra no solo radica en su importante contenido, pues observará el lector que además de una estructura ordenada y coherente, los temas se desarrollan a través de un lenguaje sencillo y agradable propios de un excelente catedrático como lo es el autor, con lo cual se facilita enormemente la aprehensión del conocimiento por parte de los estudiosos que consulten su libro.

Así las cosas, queda a disposición de los lectores este texto, escrito por un excelente estudioso del Derecho y desarrollado de manera impecable, que es de inmensa utilidad no solo en el ámbito académico sino también en el litigio.

*Patrick Shayan Brock Manuel*  
Egresado de la Escuela de Derecho  
Universidad Sergio Arboleda  
Bogotá, quince de febrero de 2014.



V  
Entrevista





PROFESOR CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ BERMÚDEZ.

Agradecemos al Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote, Catedrático de Derecho penal de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Profesor de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad Nacional de Colombia y exmagistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, por habernos recibido en su Biblioteca y concedernos esta entrevista.

**CDP:** En primer lugar, nos gustaría conocer acerca de la faceta de su vida como funcionario judicial. ¿Podría contarnos sobre su trayectoria como Juez, Agente del Ministerio Público y Magistrado de la Corte Suprema?

**Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote:** Con mucho gusto, debiéndole manifestar, antes que todo, mi real sorpresa por establecer este diálogo que, a manera de entrevista, pretende recuperar este deambular por los libros, por la ciencia, por la justicia y, básicamente, por el horizonte de nuestro Derecho penal, que como puede darse cuenta, es lo que invade esta biblioteca, donde además, en forma tan acertada, ha querido usted que lo haga; y si bien he sido renuente a las distinciones, con el mayor gusto trataré de vivificarle este trajinar, bajo el entendido de que quien a ello se atreve, necesariamente, es porque también empieza a vivir este saber, y, lo que es más importante, a quererlo, traspasando la lección universitaria, la pura letra de la ley, el frío pronunciamiento jurisprudencial y hasta con el de la propia doctrina, para acercarse a los forjadores de esos pensamientos, y poder saber quiénes eran o quiénes son como seres humanos, compenetrándose y viviendo esta ciencia, para así sentirla, lucharla y hacer ver a las generaciones venideras, que ser abogado, y, seguramente, con mayor razón penalista, no exige únicamente un título que así lo reconozca, sino

serlo en su esencia, única forma de poderlo aprender, enseñarlo y ejercerlo, bien administrando justicia o pidiéndola. Es por ello, que debo expresarle al señor Director de la Revista y a usted como su Coordinador, mis más infinitos agradecimientos, no solo por honrar mi biblioteca con su presencia, dejándome sin palabras al ver que hayan pensado en mí para este diálogo, sino porque también comparten mi posición, en cuanto a que el estudio del Derecho penal y su ejercicio, siempre se enriquecerá, trabajándolo lejos de las extrañas arrogancias que ahora nos toca ver, como si la ciencia tuviera y fuera simplemente una figura.

Así, con esta licencia que me he dado, para poder revivir este decurso por el saber penal, debo decirle que al parecer nació para ser abogado, y sobre todo abogado penalista, pues antes de iniciar mis estudios universitarios, que los cursé en la Universidad La Gran Colombia de esta ciudad, es decir, cuando estaba en el bachillerato, acudía voluntariamente a una pequeña biblioteca distrital, cuando existían, por allá en la década de los años sesenta, a revisar qué libros había, convirtiéndome en un inesperado colaborador de la bibliotecóloga para la organización de los mismos, encontrando que en tan básica biblioteca de barrio, había dos libros de Derecho, y los dos, de Derecho penal: “Nuevas bases del derecho criminal” del Profesor Luis Carlos Pérez y las “Las defensas penales” de Jorge Eliécer Gaitán, que procedí a leer cuando salía del colegio a las cinco de la tarde y los sábados. Seguramente, poco entendía de lo que trataban, pero sí lo suficiente para pensar que a la hora de escoger la carrera que debía seguir al entrar a la Universidad, bien podía ser la de la abogacía, que además resultaba coincidiendo con la que mi papá me iría posteriormente a insinuar.

Así empecé a estudiar nocturno, pero no, imprescindiblemente, por la necesidad de hacerlo, sino porque al ser conocedor que la única biblioteca importante con la que contábamos en la ciudad, la Luis Ángel Arango, sólo la abrían en ese tiempo durante el día, se me iría a dificultar el estudio, pues ya concurría a ese centro bibliotecario como mi común lugar de estudio y de investigación, lo cual hacía con la cédula de mi papá porque en esa época la mayoría de edad era a los veintiún años, y ese era requisito para entrar, y un portero que hice amigo, me colaboraba para dejarme ingresar.

Ya cursando mi carrera, en segundo año, nuestro siempre recordado doctor RICARDO MEDINA MOYANO, para ese entonces Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, y luego

Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, donde fuera sacrificado en la insensata toma del Palacio de Justicia acaecida en noviembre de 1985, siendo mi profesor de Derecho Constitucional Colombiano, me invitó a que me vinculara a la Rama Judicial pues le parecía que debía hacerlo para lograr una mejor comprensión de la carrera y para que, confrontando la teoría con la práctica, pudiera lograr una mejor formación como abogado. Así, me inicié como notificador del Juzgado Noveno Penal Municipal de esta ciudad con quien después llegó a ser Vice Procurador General de la Nación, el Doctor Jaime Hernández Salazar, hoy fallecido, desempeñándome en los siguientes cargos subalternos de ese Despacho, hasta llegar a ser Secretario, de donde pasé a ser auxiliar del Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, Doctor Rafael Osorio Rodríguez, también ya fallecido, terminando allí mis estudios, para ser nombrado Juez Promiscuo Municipal de Guayabal de Síquima, y, luego, en la misma categoría, en Soacha y Bogotá, en el Juzgado 53 Penal Municipal, pasando a ser Juez de Instrucción Criminal en Fusagasugá y en esta ciudad, momento en el cual, y ya habiéndome especializado en Derecho penal y Ciencias Penitenciarias en la Universidad Nacional, se me ofreció el cargo de Abogado Auxiliar, que equivale a lo que hoy se denomina Magistrado Auxiliar, en el primer Consejo Superior de la Judicatura que hubo en el país, que bien se podía calificar de Magnífico, como que fue integrado por Magistrados de la talla del Doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, sin duda, uno de los más importantes penalistas nacionales del siglo pasado en nuestro país, como que además de ser un destacado tratadista de la Parte Especial del Derecho penal, Director del Instituto de Derecho Penal de la Universidad Nacional, precisamente quien reemplazó en ese cargo al también gran penalista y hombre público, Profesor Carlos Lozano y Lozano, que, como es sabido, se constituyó en el más idóneo representante de la Escuela Positiva Italiana entre nosotros, dejando como legado su importante obra sobre los “Elementos de Derecho penal”, que seguirá siendo un libro de obligatoria consulta en la evolución de nuestras ideas penales, y uno de los grandes impulsores para lograr la reforma del Código Penal de 1890, y, por tanto, uno de los redactores del Código Penal de 1936; junto al Doctor Gutiérrez, como igualmente debe recordarse, estuvieron integrando esa Comisión, los Doctores Rafael Escallón, Parmenio Cárdenas y Luis V. Rey, actuando como secretario, otro positivista importante como el Doctor Jorge Gutiérrez Gómez, quien también se desempeñó como Procurador Delegado en la Sala de Casación Penal de la Corte y Magistrado de la misma

Corporación, colaborándole como auxiliar el entonces joven Gutiérrez Anzola, quien desde esos momentos dejó escrito un interesante trabajo sobre el entonces nuevo Código Penal colombiano, cuestionando la tendencia que se había acogido en ese trabajo legislativo.

Con este eminente jurista, que, además, había sido Gobernador de Cundinamarca y Ministro de Gobierno, hoy diríamos del Interior, que fue quien prologó la obra científica de Jorge Eliécer Gaitán, compilada con la colaboración de Luis Carlos Pérez, y que aparte de sus conocidos textos sobre los delitos contra la vida y la integridad personal y contra la propiedad, ya en su ancianidad escribió y publicó un libro prácticamente desconocido, sobre la Constitución y el Derecho penal, también conformaba ese Consejo, el Doctor Luis Fernando Paredes Arboleda, igualmente, exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, quien como el doctor Gutiérrez, fue Presidente de esa Corporación y muy reconocido Decano de las Facultades de Derecho de las Universidades del Cauca en Popayán y de la Gran Colombia en Bogotá, y distinguido profesor universitario. Así mismo, fue miembro de esa recordada Corporación, el Doctor Samuel Arango Reyes, exgobernador de Santander, exministro de Justicia y expresidente del Consejo de Estado. Y a esta trilogía de juristas ilustres, se unió el nombre del Doctor Rafael Poveda Alfonso, destacadísimo profesor universitario en el saber procesal penal y en ejercicio profesional como abogado litigante, quien se desempeñó con lujo de detalles en importantes cargos públicos, caracterizándose siempre por su sapiencia y modestia.

Al haber sido declarado inconstitucional el Acto Legislativo No. 1 de 1979, que creó ese Consejo, volví a la Rama Judicial como Juez de Instrucción Criminal, Juez 15 Penal del Circuito y Juez Séptimo Superior de Bogotá, siendo llamado por el entonces Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Doctor Lisandro Martínez Zúñiga a ser su Magistrado Auxiliar, quien ya había escrito, antes de llegar a la Corte, su importante libro sobre el “Derecho penal sexual”, con el cual, en una u otra forma, se inicia el cambio del método de estudio de la Parte Especial del Código Penal, para salir del ámbito del mero comentarista para proyectar su análisis en forma sistemática, al igual que lo hizo respecto a los “Delitos contra el patrimonio económico”, habiéndome quedado del paso por ese cargo, las mejores enseñanzas frente a un hombre con posiciones garantistas, y para quien lo fundamental era darle una proyección real a la ley. Sus salvamentos de voto fueron y creo seguirán siendo importantes.

Si bien se había sido Fiscal Superior en alguna época, la mayor parte de su vida se desempeñó como abogado litigante y catedrático, muy reconocido por sus conocimientos en los delitos sexuales y económicos, razón por la cual fue llamado por una de las Comisiones redactoras del Código Penal de 1980 a colaborar sobre la temática de los Delitos Sexuales. Y, como dato curioso, le comento que fue miembro de la Comisión redactora del actual Código Nacional de Policía, siendo evidente que con toda esa experiencia, pues también estudio en Italia, brillaba con luz propia en el ejercicio de sus funciones como Magistrado, quejándose de no haber llegado antes a la Corte, y cuando yo le decía que aún no era viejo, me respondía en forma irónica y con gestos de chiste, que no era por eso, sino porque si hubiera llegado más joven, la jurisprudencia hubiera empezado a evolucionar con mayor anticipación. Hicieron historia sus conferencias de Derecho penal, cuando llegaba al auditorio con unas cartulinas donde estaban dibujados dos equipos de fútbol, y en cada uno de ellos tenía ubicados once doctrinantes, nacionales y extranjeros, apareciendo siempre Carrara de delantero, y a la mayoría los cambiaba de posición para demostrar su incoherencia en algún planteamiento o lo avanzado del pensamiento de alguno de ellos o las variaciones que habían tenido en sus tesis, y hasta tratadistas en la banca tenía. Y una vez pasaban las risas del auditorio, empezaba con sus interesantes y doctas exposiciones teniendo como centro sus equipos de fútbol.

Para mí fue una experiencia inolvidable y muy enriquecedora, además porque para esos momentos el grupo de Magistrados Auxiliares era absolutamente sobresaliente en el medio, como por mencionar algunos de los que recuerde, estaba el Doctor Eduardo Torres Escallón y ese gran amigo, gran jurista y hombre de letras, Guillermo Cruz Cruz, quien ha desaparecido en lo mejor de sus días; y qué decir de la doctora María Inés Macías, quien se había formado con el doctor Baquero Borda, cuando él se desempeñó como Procurador Delegado en lo Penal ante la Corte, época en la cual aprovechando una de sus estancias investigativas en Alemania, elaboró un importante trabajo, "El panorama actual del proceso penal en la República Federal Alemana", que con justicia ha sido reconocido por el jurista español Juan Luis Gómez Colomer como "un escrito de gran calidad", en el que realiza una excelente investigación comparativa entre el sistema procesal penal acusatorio alemán y el entonces vigente sistema procesal colombiano con tendencia inquisitiva, lamentándose el profesor hispano, que tenga "el inconveniente de su poca difusión" en su país, al igual que entre

nosotros, agregaría yo. Y ahora, cuando nos encontramos tras las rutas del sistema acusatorio, los adalides de esta propuesta, los nóveles conferencistas, y cuando expositor hay sobre el tema, pues abundan, inclusive los que lo enseñan sin nunca haber intervenido en una audiencia de esa naturaleza, ni siquiera lo mencionan, con seguridad porque no lo conocen. El Doctor Baquero Borda, también fue asesinado por haber intervenido en la elaboración del Tratado de Extradición con los Estados Unidos.

Así, y retomando este recorrer por la justicia, desempeñándome, entonces, como Magistrado Auxiliar, participé en el Primer Concurso Nacional para Magistrados de Tribunal Superior, en el cual obtuve el primer puesto nacional, lo cual implicó que la Corte me nombrara como Magistrado del Tribunal de Bogotá, cargo que no acepté porque a los pocos días, el Doctor Alfonso Gómez Méndez, para esos años, 1989, Procurador General de la Nación, me ofreció ser Procurador Segundo Delegado ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el cual después de muchas meditaciones, acepté, permaneciendo en ese cargo hasta 1995, cuando oficiosamente fui incluido por el Consejo Superior de la Judicatura en la lista para reemplazar al Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez, siendo nombrado por esa Corporación para desempeñarme en tan alta jerarquía, donde permanecí hasta el mes de septiembre del año 2003, es decir, durante todo el período constitucional de ocho años que me correspondía, continuando con la academia, en la que vengo desde hace 35 años y que forma parte de mi vida, al igual que en el ejercicio de la profesión.

Como usted puede darse cuenta, mire a todo lo que me ha llevado su pregunta, quedando inmersa en este recorrido judicial, toda una etapa evolutiva de nuestra administración de justicia y de nuestro Derecho penal, que bien valdrá la pena rescatarla en otro momento, pues aquí no habrá espacio ni tiempo para ello, pero como puede ver, mi formación se ubica en la dimensión de esta expresión, pues desde un principio empecé a formarme como administrador de justicia, y ello se fue desarrollando con mi interés por los libros, por la investigación, no de un día ni por épocas, en forma permanente, habiéndome vinculado como profesor en esta disciplina desde 1979 en mi Universidad La Gran Colombia.

**CDP:** Y durante toda esta trayectoria judicial, nos gustaría que nos contara, ¿cómo se ha desarrollado, concomitantemente, su importante trayectoria académica?

**Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote:** Efectivamente, como le decía, mi desempeño académico se inició en 1979 en mi Universidad, donde inicialmente y como estudiante, venía desempeñándome como monitor, y vivía muy pendiente del material que producía y tenía como medio pedagógico el Profesor Abelardo Rivera Llano, quien que para ese momento explicaba el Tecnicismo Jurídico, que estaba en pleno impulso y divulgación en el Externado de Colombia bajo la dirección del Doctor Alfonso Reyes Echandía, bajo la connotación de “neoclasicismo”, nominación que le permitía plantear algunas variantes a un tecnicismo cerrado. Y, como yo había cursado Penal General con el Doctor Julio E. Rozo Rozo, quien era de los que se resistía a la adopción de estos nuevos conceptos para nosotros, pues veníamos de estudiar con Carrara en la confrontación con las tesis de Ferri y de la Escuela Positiva Italiana, pues el Código vigente para esos momentos era el de 1936, esa confrontación que veía, me llevó a estudiar a Soler, a Jiménez de Asúa y sin perder de vista a Antolisei y cuanta revista podía conseguir, pues recuérdese que la literatura con la que contábamos era básicamente italiana, pues el Derecho penal alemán nos va a llegar más tarde, que es lo que a veces se olvida y los jóvenes desconocen, pues en la cátedra actual se suele transmitir, hoy por hoy, como absoluta novedad, cuanta teoría alemana puedan conocer, como si con ellas empezara nuestra evolución científica, pues pareciera darse a entender que con esos fundamentos se ha ido formando, tanto nuestra jurisprudencia como la propia doctrina, olvidando así nuestra propia evolución penalística, imprescindible de tenerse en cuenta para poder saber por qué y para qué es que se imponen los cambios que con inusitada frecuencia se van predicando en nuestro medio en este campo del saber, llegando a perderse de vista nuestros propios aportes, concepciones o enfoques frente a nuestros peculiares fenómenos delincuenciales, sin que, ello tampoco signifique, que hayamos estado absolutamente al margen de los aportes alemanes, pues un ejemplo de esta actualización que se iba dando en esas latitudes, es la obra del Profesor Luis Enrique Romero Soto, en la que ya anunciaba los avances alemanes, así no tomaran fuerza en la labor interna, como que, como le dije, nuestro sustento teórico básicamente encontraba sus fuentes en el pensamiento italiano.

Y al mencionar al Doctor Romero Soto, permítame contarle una anécdota interesante, que además, resulta ser el reflejo de mi anterior apreciación. En 1969 se publicaron por la Editorial Temis los dos volúmenes del Derecho Penal General del Profesor Romero Soto,

uno de los grandes penalistas del país y uno de los más importantes Magistrados que ha tenido la Sala de Casación Penal de la Corte. Esta obra, inclusive hoy en día es sustantivamente valiosa, ya en ella, para ese entonces, y cuando aquí no conocíamos del debate alemán entre causalistas y finalistas, ya empezaba a informar sobre la existencia del finalismo. Y lo inexplicable, es que según me contaba Erwin Guerrero, uno de los hijos del Dr. Jorge Guerrero, dueño de la Temis, ya fallecido, ese fue uno de los libros, sino la que más, tardó en venderse, nadie lo compraba, muchísimos años pasaron para que se agotara.

Ante estas circunstancias, y acercándome a la Teoría del delito que había publicado el Profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, luego a su Manual y a los libros de Bacigalupo, como los del Profesor Juan Bustos Ramírez, cuya desaparición se seguirá lamentando, y desde luego al Derecho Penal Alemán de Welzel, me inquieté y empecé a interesarme por saber qué era el “finalismo”, iniciando mi incursión en esa temática, siendo ese interés manifiesto por el Derecho penal el que llevó a que en mi Universidad se me vinculara, como le dije en 1979, a la cátedra de Derecho Penal General, donde estuve durante unos cinco años, porque como consecuencia de una huelga que organizamos para exigir una mayor calidad científica y académica, que no fue acogida por la directivas de la Universidad encabezadas por quien sigue siendo su Rector, el Doctor José Galat, quien llegó a imprimirle a la academia las teorías del *opus dei*, y una ideología de ese orden, lejos del interés científico, los profesores de Derecho Penal nos vimos en la necesidad de renunciar, respaldando al entonces Jefe del Departamento de Derecho Penal, doctor Fernando Arboleda Ripoll, a quien le brindamos todo nuestro apoyo.

Allí, y desconociendo que en Medellín sucedía lo mismo con el Profesor Nodier Agudelo Betancur, conformé un Grupo de Estudio de Derecho Penal, que en homenaje al Doctor Ricardo Medina Moyano, le dimos posteriormente ese nombre. Durante ese tiempo se organizaron conferencias y cursos muy interesantes, como el que sobre Teoría del Delito, Criminología y Política Criminal, nos dictó el Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, igualmente, el Profesor Juan Bustos Ramírez, entre otros, que recuerde; y así empecé a deambular en la academia con el finalismo, cuando ya la Corte con ponencia del Doctor Reyes Echandía, una vez expedido el Código Penal de 1980, había sentenciado en una decisión, que frente a ese nuevo Estatuto únicamente se posibilitaba una elaboración causalista del delito, y por ende, nadie estaba interesado, como es común que suceda

en nuestro medio judicial y académico, en enfrentar con otras alternativas interpretativas, un pronunciamiento de esa jerarquía.

En estas condiciones y ante mi insular posición académica y judicial, llegué a hacer muy buena comunidad con el “Grupo de Medellín”, en el que sin ser antioqueño, se puede decir que pertenezco a ese importante Grupo de estudio, que se identificaba con los criterios que aquí seguíamos en el Grupo de Estudio que había creado y mis exposiciones en la cátedra. Es allí donde iniciamos la ya larga y entrañable amistad con el Doctor Fernando Velásquez, entonces Coordinador de la Revista Nuevo Foro Penal, quizá la más importante que se ha publicado en el país, y quien hoy es reconocido con justeza como un sobresaliente tratadista, reconocido no únicamente entre nosotros sino en el extranjero. Y nos conocimos porque entre unas de las actividades que realizamos con el Grupo de Estudio y con apoyo de la Biblioteca Luis Ángel Arango, como fue una conmemoración del Sesquicentenario de la Expedición del Primer Código Penal Colombiano, a él lo invitamos, junto con los Profesores Gutiérrez Anzola, Luis Enrique Romero Soto, Arboleda Ripoll y el entonces Presidente de la Sala de Casación Penal de la Corte, Doctor Jorge Carreño Luengas, y desde esa época, 1987, somos muy buenos amigos.

Ante el retiro de la Gran Colombia, fui llamado por la Universidad Santo Tomás de Bogotá, donde regenté la cátedra de Derecho Penal Comparado durante un tiempo, vinculándome seguidamente a la Universidad Externado de Colombia por largos años, de cuyo paso por esa Universidad es necesario recordar lo interesante que fue, y agradecer la confianza que se me brindó, como que allí inicié una cátedra que no existía en nuestras universidades, como es la de Fundamentos Constitucionales del Derecho Penal, y especificada, en otros eventos, como Fundamentos Constitucionales de la Teoría del Delito, a cuyo pedimento accedió y apoyó, quien sigue siendo el Director del Departamento de Derecho Penal de ese centro de estudios, el Doctor Jaime Bernal Cuéllar, quien fuera el que me invitara a vincularme a esa casa de estudios. Hoy en día, ya todas las universidades tienen esa cátedra, lo cual me llena de satisfacción, a pesar de que las nuevas generaciones desconocen cómo surgió esa idea.

Igualmente, allí, también por mi iniciativa, se inició otra cátedra, que entiendo continúa en el Posgrado o en la Maestría, que yo intitulé como “Acción e imputación”, nombre que tomé del entonces artículo 26 de la Constitución de 1886, que corresponde al hoy 29

de la actual Carta Política, que no puede entenderse, como parece a veces lo hacen, como que se creó para estudiar el Funcionalismo, que hoy necesariamente habría que abordarlo, sino porque al considerar, desde mi punto de vista, que la teoría del delito en nuestro Derecho penal debe tener como sustento, además de los principios constitucionales de dignidad, libertad y solidaridad, el de acto, que emana de dicha norma constitucional al disponer que en Colombia nadie puede ser juzgado sino de conformidad a las leyes preexistentes al momento en que se realice el “acto que se le impute”, imperativo resultaba estudiar este binomio, como sustento del Derecho penal de acto y la imputación del resultado, desde luego, con toda la dinámica conceptual que ello implica. Pero además, le decía que para mí era también muy importante mi paso por el Externado, porque allí, se me accedió a crear otra cátedra que sigue siendo una necesidad, y desconozco si la continúan, aunque me parece que con la misma filosofía que nació no existe, es la referida al estudio del “Pensamiento penal colombiano”, contraída esta cátedra al estudio de nuestra doctrina, a la evolución de nuestro pensamiento penal, que día a día se sigue desconociendo, pues como en alguna oportunidad lo dije en una reunión de profesores de Derecho penal en el Externado, aquí se saben hasta la fecha de los cumpleaños de Roxin y su esposa, la de Jakobs, y cuantos más tratadistas extranjeros, pero si se les pregunta si han leído a Don José Vicente Concha, quien escribió en 1897 el primer Tratado de Derecho Penal en Colombia, o a Luis Carlos Pérez o de Estada Vélez o de Arcesio Aragón, en fin, a cualquier tratadista nacional, con seguridad que la respuesta es negativa. Y en esa cátedra, empecé a “poner de moda” a Concha y a otros tratadistas patrios desconocidos totalmente para los estudiantes de posgrado y yo diría que para una gran masa de abogados de nuestro medio. Esa propuesta, hoy en día, veo que dio resultado, que debía seguirse, pues conocer la evolución de nuestras ideas penales es absolutamente necesarios para poder entender qué hemos hecho, qué es lo que hemos aplicado y para dónde debemos de ir, pues, le insisto, el estudio del Derecho Penal Comparado es, hoy más que nunca, importante y necesario, pero esto no puede significar que nos convirtamos en unos transcriptoros de teorías sin la necesarias reflexiones sobre nuestra propia problemática.

De ese importante paso por el Externado, y mi pasajera, pero muy recordada vinculación con la Universidad Libre por comedia invitación de quien había sido mi profesor en el Posgrado de la Universidad Nacional y luego mi compañero de Magistratura en

la Corte, doctor Jorge Córdoba Poveda, al igual que lo hice en la Universidad de los Andes, fui llamado a la centenaria Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, donde desde hace unos años regento la cátedra de Derecho Penal General ante jóvenes alumnos, en una Universidad donde el fuerte no ha sido esta rama del Derecho, pero donde se viene haciendo una labor interesante por inquietar a los estudiantes en este saber, con resultados absolutamente positivos, como lo vienen demostrando en los diversos concursos universitarios en que han intervenido. Este trabajo académico igualmente lo cumplí en la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Nacional, en donde he vuelto a dictar, precisamente, Fundamentos Constitucionales del Derecho Penal, permitiéndome ver lo que ha evolucionado el estudio de estos temas al compararlos con los de aquellos años donde iniciamos a proponer esta idea, pues éste ha sido un campo de estudio al que me he dedicado con alguna intensidad, pues, seguramente por ello, fue que la Corte Suprema me incluyó oficiosamente en la terna de aspirantes a la primera Corte Constitucional dispuesta en la nueva Constitución de 1991, no obteniendo, desde luego, la votación necesario en el Senado de la República, como igual me sucedió cuando me desempeñaba como Procurador Delegado ante la Corte al postular el Gobierno Nacional mi nombre para ocupar una plaza de Magistrado en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Como puede ver, la academia la he desempeñado a la par con la judicatura, sin descuidar la una ni la otra, y muy por el contrario, complementando e enriqueciéndome de una y otra experiencia.

**CDP:** De la combinación entre la academia y la práctica como Juez, podría contarnos ¿qué tanta aplicabilidad considera usted que pueden llegar a tener los debates académicos en la práctica como Juez?

**Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote:** Yo creo que aquí hay que hacer una distinción, por lo menos desde mi experiencia, para establecer cómo procede y se dinamiza esa aplicabilidad teórica en los casos por resolver cuando la función se cumple como Juez unipersonal y cuando se hace como Juez plural, esto es, en una Corporación Judicial como un Tribunal o la Corte. Como Juez singular, en el que uno es quien decide, esa integración, o mejor, esa fundamentación teórica, se torna más fácil, pues bajo su responsabilidad y de acuerdo con su formación jurídica podrá aplicar una determinada concepción sobre el delito o alguno de sus elementos, o en fin, sobre el fenómeno que proceda decidir, inclusive, discrepando de otros

critérios, proponiendo nuevas soluciones. En cambio, tratándose del Juez Corporativo como un Tribunal o la Corte, la situación es diversa, pues la fundamentación o cambio teórico que proponga hacer, bien como Magistrado Ponente de la decisión, o simplemente como integrante de la Sala, debe ser aprobada, cuando menos por la mayoría de la Sala.

En la Sala de Casación de la Corte Suprema que está conformada por nueve Magistrados, debe ser aprobada por un mínimo de cinco Magistrados, y así las cosas, muchas veces la problemática se torna compleja, bien por la dificultad que emana del cambio de jurisprudencia, sobre lo cual suele asaltar algún temor y se prefiere continuar con las posiciones ya consolidadas; en otras oportunidades, porque por algún motivo coyuntural del país, se considera que no es el momento para hacerlo; y en algunas oportunidades porque entre todos los miembros de la Corporación no hay la suficiente información sobre una determinada teoría o posición doctrinaria. Estas razones, entre algunas, dificultan en no pocas oportunidades, lograr que los marcos teóricos tengan un constante y dinámico recibo en la jurisprudencia y se genere el tanta veces advertido divorcio entre la teoría y la práctica. Debiendo, claro, precisarse, que en esos debates es posible, que luego de largas discusiones, se logre sacar adelante un determinado criterio teórico con importantes aportes y avances jurisprudenciales. Por ejemplo yo recuerdo, un interesante debate respecto al reconocimiento de la *lex tertia*, que ahora veo que se trata de desfigurar en la jurisprudencia. Otro, bien importante, que recuerde, es el que se suscitó en la Sala Penal de la Corte respecto a la “unidad jurídica de acción”, que vino a originar en el Código Penal actual, la regulación del delito masa.

**CDP:** Teniendo en cuenta sus múltiples investigaciones en historia del Derecho penal nacional, ¿a qué se debe su interés en el tema, más aún, cuando en la actualidad lo que se ve es un mayor interés en el análisis de Derecho penal comparado e Internacional, dejando prácticamente en un segundo plano los estudios sobre el Derecho penal nacional?

**Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote:** Bueno, si de tratar de buscar una causa en ese sentido, yo creo que éste me ha surgido desde pequeño, en cuanto a que en mi casa paterna, el tratamiento y estudio de la historia siempre fue una parte importante en las conversaciones de mi papá, que era, pues ya falleció, una persona inteligente y culta, a quien le gustaba entre otros temas, la historia

y siempre nos dejaba el mensaje en que había que saber el origen y la evolución de los fenómenos para poder entender las situaciones presentes, enfatizando en que había que acudir a las fuentes, pues era la única forma de poder compartir o distanciarse de las oficiales o generalizadas apreciaciones históricas. Estas iniciales inquietudes y enseñanzas seguramente las fui cimentando, y ya posteriormente, y en el campo estrictamente jurídico, fui entendiendo que esto era fundamental, pues la letra de la ley es poco lo que nos dice sobre su evolución respecto al por qué se profirió y, desde luego, el para qué, y por tanto, era necesario indagar sobre su evolución.

Y la misma inquietud, y en forma concomitante, me sucedió respecto a la jurisprudencia y la doctrina, al darme cuenta que la función judicial y la misma académica, quedaba reducida al último pronunciamiento para reiterarlo y al último o más divulgado texto para tenerlo como de cabecera, sin mayores consideraciones, desconociendo qué se había dicho sobre el tema, y ahora, ojalá sea del extranjero, porque esto da mayor caché intelectual, cuando en realidad al revisar nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina, encontramos que esta debe revisarse constantemente y muchas serán las sorpresas que puede llevarse quien lo haga, encontrando aportes importantes a nuestra problemática penal. Un solo ejemplo le daría: Desde que se expidió el Código Penal de 1936, en el que se discutió profundamente si debía reconocerse la peligrosidad como fundamento de la responsabilidad penal, no quedando a la postre una regulación así de tajante, pero si un sustento peligrosista indudable a lo largo de todo el Estatuto, fue necesario gastar algo más de cuarenta años, hasta la expedición del Código Penal de 1980, para reconocer un Derecho penal de acto, esto es, culpabilista, sin haber caído en cuenta que ya en 1897 en el que, como ya lo referí, en el "Tratado de Derecho de Derecho Penal" de Don José Vicente Concha, se había enfatizado en que el Derecho penal tenía fundamento en la Constitución Política, y de ser ello así, hubiese sido suficiente reparar que en el artículo 26 de la Constitución de 1886, ya se reconocía el Derecho penal de *acto*, al disponerse que nadie en nuestro país podía ser juzgado sino de acuerdo a las leyes preexistentes al momento en que realice "*el acto que se le impute*", es decir, que esa discusión nunca debió darse.

**CDP:** Después de su investigación sobre don José Vicente Concha, publicada hace más de diez años, en el Primer número de la Revista de la Corte Suprema, recientemente ha aparecido en el Libro Homenaje al Profesor Nodier Agudelo, un revolucionario artículo suyo acerca

del Primer Proyecto de Código Penal para Colombia elaborado en 1823, rebatiendo los aparentemente consolidados estudios históricos plasmados por la doctrina sobre el tema. ¿Por qué le surgió esta inquietud y por qué hizo público ese estudio tan documentado?

**Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote:** Esta investigación la vengo realizando hace muchos años, y la dificultad de poder establecer directamente las fuentes, en lo que sigo, me había abstenido de elaborar un escrito al respecto, sobre todo si tenemos en cuenta que lo afirmado sobre ese Proyecto venía siendo repetido desde 1898, es decir, desde hace unos 116 años, desde la publicación del ya clásico ensayo sobre la Evolución del Derecho Penal Colombiano, que fue la tesis de grado en la Universidad Republicana, por don Arturo Quijano, quien fue el pionero en esta clase de investigaciones históricas sobre la Ley Penal, y como yo quería constatar si eso, lo que él decía, era cierto, me puse la tarea de rastrear cuantos documentos históricos he encontrado, llegado a la conclusión de que a esas afirmaciones, reiteradas prácticamente por todos nuestros doctrinantes durante tantos años, merecía hacerle unas precisiones, y así procedí, no con ningún ánimo descalificador, sino porque consideré que ese aporte era necesario en orden a clarificar la historia, nuestra evolución del Derecho penal, pues ese Proyecto ni fue elaborado por la Comisión que conformó el Vicepresidente General Santander en 1822, ni resulta cierto que no se conoce su autor, pues no hay duda de que fue elaborado por don Antonio Azuero, como tampoco resulta cierto que no fue discutido en el Congreso o que sólo lo fue parcialmente, o que no se aprobó por temor a los españoles, etc.

**CDP:** Nos gustaría saber, ¿cuál considera usted que es el estado actual de los estudios acerca de la historia del Derecho penal nacional y cuál es el futuro que se vislumbra al respecto?

**Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote:** Yo creo que desafortunadamente siguen siendo temas que no despiertan interés entre nuestro medio abogadil, pues lo que interesa es el Código de hoy, la última reforma, la última jurisprudencia, y cuando más, el último texto que se exhibe en algunas oficinas, pero que nunca se lee, o se carga debajo del brazo, pero no se sabe qué se lleva, o se cita fuera de contexto acudiendo al índice temático para transcribir el aparte que se requiere citar en una alegación o para que en un texto aparezca como muy erudito. En los últimos años se han elaborado algunas monografías interesantes, aunque con algunas imprecisiones, pero que bien deben reivindicarse, como la del Dr. Fernando Velásquez,

la del Dr. Jorge Fontalvo Restrepo, otra de la Doctora Aura Helena Peñas Felizzola, que el mismo doctor Fontalvo Restrepo le prologó, y muy últimamente se ha publicado un libro del doctor Javier Fernando Fonseca Alvarado sobre la Ilustración Penal en Colombia, pero pareciera que a los juristas, en su mayoría, ni a los académicos les importa; por ello me parece es que desde la academia se debe tratar de motivar a los estudiantes sobre lo necesario que resulta saber la historia del Derecho penal que aplican.

**CDP:** Es conocida su postura en clases, acerca de la modificación del método de estudio del Derecho penal, con que tradicionalmente se inicia, esto es, partiendo de su definición, ¿podría contarnos, brevemente, acerca de este interesante planteamiento?

**Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote:** Esta propuesta es la que vengo trabajando hace unos años, y claro que como usted me lo dice en la pregunta, la respuesta debe ser breve, pues su análisis detenido nos llevaría algún tiempo y largo espacio, por ello lo que le puedo sintetizar, es que en mi criterio, pues ningún reparo ha tenido entre nosotros, el admitir que el estudio del Derecho penal se inicie aplicando postulados de Lógica Formal, partiendo de su definición, que aquí existe cuando menos una incoherencia sistemática, y que en el fondo un tal método de estudio encierra una tácita restricción sobre el contenido político del Derecho penal; y como, igualmente, ese inicio del estudio del Derecho penal, con uno u otro aditamento, parte de una definición normativa, una tal concepción que implica confundir el Derecho penal con la ley penal, hace que éste sea el objeto de estudio y para ello, la necesaria vinculación que debe existir con otros saberes queda tácitamente justificada en su exclusión. Por esto es que creo que su estudio debe empezar por sus fuentes de producción, estableciendo previamente el mismo modelo de Estado en que se va a manifestar el *ius puniendi*.

**CDP:** Otra disciplina en la que usted ha trabajado durante muchos años es la Política Criminal, con interesante enfoque histórico, es por eso que quisiéramos retomar su artículo de 1987 en la Revista Nuevo Foro Penal, en donde cuestiona las motivaciones reales de los Códigos Penales Colombianos, y preguntarle acerca de su perspectiva al respecto, 27 años después de su reveladora crítica. ¿Usted cree que la situación actual ha cambiado?

**Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote:** Claro, recuerdo de ese escrito, fue la ponencia que presenté cuando con el Grupo de Estudio

celebramos los 150 años de expedido el primer Código Penal Colombiano de 1837, además porque fue polémico, pues fue publicado junto con otro que se presentó como editorial, si mal no recuerdo de la Revista número 38, y el primero fue reproducido en la Revista de Abogados Penalistas del Valle, que ya no circula, y en ellos se hacían algunas de las afirmaciones que molestaron a algún profesor; pero si lo leemos hoy, vemos que nada ha cambiado, todo sigue igual, pues, y aunque parezca inexplicable, las críticas que se le hacían a ese Código del siglo XIX, son sustancialmente las mismas que se le hacen a los Código actuales, en cuanto a que son carentes de estudios político-criminales, teórico-empíricos sobre los fenómenos criminales sobre los cuales se legisla, y por ende, todo es consecuencia del legislador coyuntural pretendiendo suplir la falta o ineficiencia de verdaderas políticas estatales idóneas para lograr los fines que le corresponden al Estado, dejándoselos tácitamente a los jueces para que los solucionen, convirtiendo todo en delito o incrementando penas, dando el mensaje de que esa es la solución, cuando, desde luego, al final de cuentas, los conflictos sociales no van a encontrar solución por esa vía.

**CDP:** Teniendo en cuenta sus estudios no sólo en el Derecho penal, sino que también el Derecho constitucional, habiendo sido postulado por la Corte Suprema, como nos lo ha dicho, para integrar nuestra primera Corte Constitucional, quisiéramos que nos contaré, brevemente, sobre sus estudios referidos a sustentar el fundamento constitucional del Derecho penal y ¿cuál es el futuro que se vislumbra sobre éste?

**Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote:** Efectivamente, ese ha sido un tema por el que me he preocupado, por eso como le dije anteriormente, fui uno de quienes antes de expedirse la Constitución de 1991 y de que se dedicara la academia a estos estudios, en cuanto a que hoy ya es una realidad, nos dedicamos en la cátedra, en las conferencias, en el foro a hacer ver que la ley no podía seguir siendo tenida como la fuente única y directa del Derecho penal, sino que lo era la Constitución Política del Estado, hasta el punto, que como también se lo he dicho, se inició en el Externado una cátedra al respecto. Sin embargo, hoy en día, y para esto fue trascendental la expedición de la nueva Carta Fundamental, felizmente, la idea caló entre los juristas, a los opositores se les olvidó su posición anterior y se convirtieron en los principales divulgadores de este cambio, hasta el punto que se generalizó su aplicación no únicamente

respecto al Derecho penal, sino a todas las ramas del Derecho, como debe ser, ahondándose más su aplicación con los pronunciamientos de la Corte Constitucional y con la aparición de la tutela, lo cual, desde luego, ha resultado muy benéfico para lograr una aplicación más garantista de la ley y tratar de lograr el debido respeto a los derechos fundamentales. Bajo esta realidad, todo indica que sobre esta óptica se proyecta hoy en día la interpretación de la ley, y la aspiración es que se ahonde en recuperar el verdadero contenido material y teleológico de la Constitución, entendida bajo el marco del llamado bloque de constitucionalidad.

**CDP:** Aunque corto, se ha vuelto casi obligatorio el citar su trabajo sobre imputación objetiva en el Código Penal colombiano, ¿cuál cree usted que es el estado de la discusión?

**Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote:** Ese fue un ensayo que se publicó en un estudio colectivo conformado por diversas colaboraciones de los Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en colaboración con la Universidad de Salamanca, y allí hice algunas apreciaciones sobre el artículo noveno del entonces recién expedido Código Penal del 2000, es decir, del vigente Código, afirmando que en esa norma se estaba reconociendo la aplicación de la “imputación objetiva”, pues en ella se afirmaba que la causalidad por sí sola no era suficiente para la imputación jurídica del resultado típico, y ante esta apreciación se me vino el mundo encima, y no hay escrito que trate el tema que no se refiera a ese escrito; sin embargo, cuando han pasado unos años, usted seguramente se ha dado cuenta, la Sala Penal de la Corte viene siendo uniforme y constante en hacer esa afirmación. Además, aseveraba en esa oportunidad, que así el Código Penal estaba consagrando, a la manera de la doctrina alemana, una nueva exigencia típica, en cuanto al tipo objetivo se refiere, lo que me sigue pareciendo evidente, y en las últimas ediciones de la importantísima obra de Derecho penal del Profesor Fernando Velásquez, he visto que comparte mi criterio. Espero en algún momento retomar ese artículo para profundizarlo.

**CDP:** ¿Cómo ve la academia actual?, ¿Cuál cree que es el futuro de la misma?

**Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote:** La pregunta es muy difícil por lo compleja, y también necesitaríamos un mayor tiempo para analizar una temática de esa envergadura; sin embargo, yo no veo

las cosas con gran optimismo, pues de una parte, la proliferación impresionante de facultades de Derecho, el sin número de graduados como abogados cada semestre, la improvisación de profesores para tantas facultades, hoy en día cualquiera es profesor universitario, quien menos piense resulta pidiendo dictar “un penalito” o “un romanito” o “un civilito”, y ya tiene qué mostrar en su hoja de vida, y así, ante estos proceder, el resultado es la mediocridad, que así no guste, no es la excepción en nuestra profesión.

Ahora, en cuanto se refiere a la academia, es claro que se exige, y en forma urgente, ser replanteada, la proliferación de facultades de Derecho debe ser intervenida a la mayor brevedad posible por el Estado y los sistemas de nombramientos de los funcionarios y empleados, igualmente, deben ser reconsiderados. Hay, como le dije, hay excelentes facultades de Derecho entre nosotros, brillantes profesores universitarios, grandes estudiantes, magníficos Magistrados y Jueces, al igual que auxiliares, pero firmemente creo que son los menos.

**CDP:** Es conocido su amor por los libros, destacando su enorme biblioteca personal que supera los diez mil ejemplares, por lo que nos gustaría saber ¿cuáles cree usted que son los títulos que un penalista no puede dejar de leer?

**Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote:** Esta es una pregunta bien interesante, pues me hace pensar en que aquí surge otra inquietud que bien puede relacionarse con la respuesta anterior, y es motivar al estudiante a que vaya conformando su propia biblioteca, así empezó esta donde ahora estamos, con un libro y ha ido creciendo con el paso de los años, teniendo cuidado de que no se convierta en depósito de libros, pues la biblioteca debe corresponder a la persona misma, esto es, que debe irse conformando por sus propias exigencias intelectuales, para así poderla conocer y querer. No se trata de comprar libros por metros para aparentar ser intelectual, ni de comprarlos y nunca ni siquiera saber de qué tratan. La biblioteca es para trabajarla diariamente. En mi caso forma parte de mí mismo. Y en cuanto se refiere a saber cuáles pueden ser los libros que un penalista no puede dejar de leer, creo, como el Profesor Nodier Agudelo lo solía afirmar, que es necesario ir a los clásicos, a los libros fuentes de las teorías, pero además, que cada libro se vuelve fundamental según el fenómeno o tema que quiera o deba investigar.

**CDP:** ¿Quiénes cree que han sido los cinco penalistas colombianos más importantes de la historia?

**Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote:** Para referirme no a quienes aún están en plena producción, que indudablemente los tenemos muy importantes, sino llevada la pregunta en el sentido de pensar en los penalistas que han sentado bases en nuestra evolución doctrinaria, creo que tendríamos que referirnos, por ser el primero con que se inicia el estudio científico del Derecho penal en Colombia, a don José Vicente Concha, a Luis Carlos Pérez, a Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, a Carlos Lozano y Lozano, a Luis Enrique Romero Soto y a Alfonso Reyes Echandía. Seguramente, se podría y debería mencionar otros, pero por citar algunos de los más importantes, le refiero esos nombres.

**CDP:** En repetidas ocasiones, incluyendo autores como Nodier Agudelo o Fernando Velásquez, lo han identificado a usted como miembro de la llamada escuela de Medellín, quisieramos que nos contara ¿a qué se debe esto, puesto que en principio puede sonar extraño ya que su formación y desarrollo académico se ha dado principalmente en Bogotá?

**Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote:** Como se lo comenté inicialmente, mi vínculo que inició con el Profesor Fernando Velásquez, la existencia del grupo de estudio que dirigía en Medellín el doctor Nodier Agudelo, la publicación de la Revista Nuevo Foro Penal, la tendencia dogmática que venían trabajando, el finalismo, su posición garantista del Derecho penal, la comunidad de actividades como las que yo manejaba con mi Grupo de Estudio Ricardo Medina Moyano en Bogotá, llevó a que me compaginara con ellos de tal manera que, poco a poco, fui siendo uno de sus integrantes, conformando el Comité Editorial de la Revista y compartiendo una serie de actos académicos y de actividades, sintiéndome muy de ese Grupo o Escuela de Medellín, como también suelen llamarla, y por eso, es lo que corresponde que así me ubique, sin que ello en ninguna forme afecte la idéntica labor que manejaba en Bogotá, siendo claro que esa comunidad no era únicamente mía sino también de los muchachos del grupo, con quienes hasta ahora se conserva la amistad y el vínculo intelectual.

**CDP:** En toda esta trayectoria suya en el campo del Derecho penal, ¿en alguna oportunidad ha sido invitado a intervenir en la redacción de alguna regulación legal?

**Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote:** Esa ha sido otra arista en mi trayectoria profesional, y de suyo muy interesante, fui corredactor

del primer Código Único Disciplinario, igualmente intervine en la redacción del capítulo correspondiente a la Casación y a la Revisión en la elaboración del Código de Procedimiento Penal de 1991, cuya expedición dispuso la Asamblea Nacional Constituyente como norma transitoria en la Constitución de ese año, lográndose interesantes modificaciones, como la de posibilitar que las demandas de Casación se pudieren presentar en el Tribunal correspondiente, sin que fuere necesario, como venía siendo, que para ese fin se viajara a Bogotá, para ser presentada en la Corte; se consagró la Casación Excepcional, que ahora ha desaparecido, y en cuanto a la Revisión dejó de ser recurso extraordinario para pasar a ser ACCIÓN y se estatuyó el reconocimiento de la jurisprudencia favorable, entre otros cambios. También intervine, durante algunas sesiones, en la elaboración de la Ley Estatutaria para la Administración de Justicia. Últimamente, participé en la redacción de la Ley 1028 de 2006, por medio de la cual se reformó el Código Penal en lo referente a la protección de los hidrocarburos. Seguramente he tenido otras participaciones en ese campo, pero quizá esas son las que ahora recuerdo, no pudiendo dejar por fuera la importante labor que adelantó la Procuraduría de la época en la redacción de las normas constitucionales reguladoras del Ministerio Público, cuando me desempeñaba en esa Institución como Procurador Delegado, y con la señora Viceprocuradora, doctora Myriam Ramos de Saavedra y los demás Delegados, asesorábamos al Procurador Carlos Gustavo Arrieta Padilla, pues no puede olvidarse que la idea de una importante corriente en la Asamblea Constituyente, era la de acabar con la Procuraduría.

**CDP:** Finalmente, Profesor Gálvez Argote, agradeciéndole mucho que nos haya atendido y entablado esta interesantísima conversación, quiero preguntarle, ¿qué sucedió con el muy recordado Grupo de Estudio Ricardo Medina Moyano que usted lideraba, y qué recomienda a los grupos de estudio nacientes?

**Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote:** Como el Grupo de Estudio fue de mi cosecha y se sostenía como mis ingresos como funcionario judicial, inicialmente Juez, luego, como le dije, como Magistrado Auxiliar, Procurador Delegado ante la Sala Penal de la Corte, etc., solo con la colaboración locativa de la Biblioteca Luis Ángel Arango, así, con voluntad, ahínco y pasión por el estudio que de las Ciencias Penales, desde su inicio y como mucha constancia y entrega, trabajábamos diariamente, y con mayor formalidad los

fines de semana, leyendo, analizando, comentando, criticando, proponiendo ideas y actividades. Cuando fueron pasando algunos años, y los muchachos se fueron graduando y mis ocupaciones también me exigían más tiempo, me fui dando cuenta que ya era un poco difícil continuar con la misma disciplina, aunque hoy en día, continuamos con estrechos vínculos con la mayoría, todos muy exitosos, el Grupo se fue desintegrando y me di cuenta ya era hora de que cada cual fuera abriendo puertas en su profesión, y que había que dar por cumplida esa hermosa etapa de mi vida académica, que dio tan buenos resultados. Y así terminó “la escuelita del Doctor Gálvez”, como cariñosamente le llamaban los amigos y muchos aun la recuerdan con nostalgia, pues, incuestionablemente, sin tener una gran institución universitaria que respaldara esa interesante labor intelectual, se logró inquietar, proyectar unas ideas en nuestro medio y formar futuros abogados comprometidos con la ciencia, cuyos resultados, hoy por hoy, demuestran, que esas tareas son necesarias. Esa experiencia fue muy importante académicamente y en mi vida personal, como que mi esposa, hoy Consejera de Estado, Lucy Jeannette Bermúdez, había sido años antes, una de las integrantes de aquél importante e individual esfuerzo. De esos muchachos, la mayoría salió adelante y en forma sobresaliente, el doctor José Manuel Bernal es hoy en día Magistrado de Justicia y Paz, otro de sus integrantes también es Consejero de Estado, me refiero a Danilo Rojas. Por eso, y ante la segunda parte de su pregunta, creo que los Grupos de Estudio deben continuar y deben seguirse conformando, pero no necesariamente buscando formalizaciones institucionales, que fuera lo ideal, pero esto no siempre es posible, sino como un medio para profundizar en el Derecho, y en nuestro campo, en el Derecho penal, sin buscar intereses mezquinos por estos medios, sino en forma desinteresada, disciplinada y honesta, lo cual con seguridad servirá de medio para llegar a formar excelentes abogados.



## INSTRUCTIVO AUTORES – CUADERNOS DE DERECHO PENAL\*.

1) La Revista *Cuadernos de Derecho Penal*, órgano de divulgación científica de la Universidad Sergio Arboleda, a través de su Departamento de Derecho Penal, tiene una periodicidad de dos números anuales y publica artículos originales evaluados bajo la modalidad de pares ciegos en el área de Derecho Penal.

Tiene por objetivo facilitar la difusión del conocimiento científico desarrollado al interior de la institución, en la academia y en otras instancias científicas en los ámbitos nacional e internacional.

2) Para efectos de hacer prevalecer la calidad de la Revista, solamente se reciben las siguientes clases de documentos:

- a) Artículo resultado avance parcial o final de proyecto de investigación.
- b) Artículo de reflexión. Se trata de un documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor sobre un tema específico.
- c) Estados del arte o artículos de revisión, definido por Colciencias como aquel escrito que sistematiza y analiza los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo del conocimiento.
- d) Reseña bibliográfica.
- e) Traducciones.

3) Instrucciones para los autores. Nuestros colaboradores deben tener en cuenta las siguientes observaciones al someter a consideración de la Revista sus trabajos:

- a) Todo artículo postulado debe ser original.
- b) El autor debe firmar una carta de originalidad del trabajo.

---

\* Las siguientes pautas se aplicarán a partir del número 10.

4) Proceso de arbitraje: La Revista realiza un proceso de revisión, dictamen o arbitraje de los artículos postulados para publicación con base en las siguientes indicaciones:

a) Todo trabajo original es sometido al proceso de dictamen por pares académicos (especialistas), preferentemente bajo la modalidad doble ciego.

b) El proceso de dictamen exige anonimato, al menos, por parte de los examinadores o evaluadores.

c) El proceso de dictamen o evaluación de los artículos supone un examen preliminar por los Comités Editorial y Científico con el fin de calificar el documento previamente en cuanto a la forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación; posterior a esto, se envía el artículo a dos pares ciegos, y, una vez aprobado, se remite a los autores para hacer las correcciones o recomendaciones de ser este el caso.

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 par evaluador; una vez éste conceptúe, regresa a los Comités Editorial y Científico donde se toma la decisión final de aceptación o rechazo del mismo.

La aceptación definitiva depende de las modificaciones que los asesores de los Comités Editorial y Científico propongan al autor y el concepto 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. De no ser aprobado el artículo en la evaluación preliminar o en la evaluación por pares ciegos se comunicará a los autores la decisión con una breve explicación.

d) Se entrega a cada par evaluador el formato de dictamen utilizado por la Revista *Cuadernos de Derecho Penal*, con el fin de clarificar y facilitar la calificación del artículo.

5) La recepción del artículo se efectúa de forma digital, por medio del correo electrónico: [cuadernosdederechopenal@gmail.com](mailto:cuadernosdederechopenal@gmail.com).

6) Una vez recibido, se informa de ello al interesado y se le indica el estado del mismo en un plazo máximo de doce meses. El retiro de un artículo se debe solicitar por escrito enviado a través de correo electrónico por el autor, dirigido tanto al Director como al Editor de la revista, y se efectúa luego de la respuesta escrita del Editor por el mismo medio.

7) Aspectos formales y estructura del artículo: Los trabajos deben presentarse en letra palatino 10 y ceñirse a las normas ICONTEC, en especial la norma NTC 1486 y concordantes.

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 fuere producto de un proyecto de investigación, se debe indicar el nombre del proyecto 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 diez palabras clave, que den una idea de los temas fundamentales que se plasman en el trabajo.
- e) Los artículos deben contar con abundantes referencias. Los trabajos de revisión o estados del arte, según exigencias de Publindex –Colciencias– deben contener un mínimo de cincuenta referencias bibliográficas.

#### 8) Referencias:

- a) Al final del artículo se incluirá un listado ordenado alfabéticamente, con base en las normas ICONTEC, en especial la NTC 1486.
- b) En el listado final, se debe tener cuidado de observar las formalidades del sistema IICONTEC, en especial la norma NTC 1486 y las que la desarrollan o complementan.

9) No se devolverán a sus respectivos autores los originales, ni se considerarán para su publicación los artículos que no cumplan con las normas precedentes.

10) 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.

# Cuadernos de Derecho Penal

## SECCIÓN DE DOCTRINA

- Derecho penal de la seguridad: Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo. *Urs Kindhäuser*.
- Las transformaciones del concepto de autoría: El caso de los aparatos criminales organizados de poder en el contexto colombiano. *Fernando Velásquez Velásquez*.
- Videovigilancia y su eficacia en el proceso penal español. *José Francisco Etxeberria Guridi*.
- Vislumbrando la criminología crítica en 1950, desde la concepción naturalista del delito de Luis Carlos Pérez. *Ramiro López Cabrera*.

## JURISPRUDENCIA

- Doble subsunción, crímenes de lesa humanidad y principio de legalidad. Especial referencia al caso colombiano. *Carlos Augusto Gálvez Bermúdez*.

## BIBLIOGRAFÍA

- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal, parte general. 5ª. ed. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2013. 955 p. *Jorge Arturo Abello Gual*.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando/POSADA MAYA, Ricardo/CADAVID QUINTERO, Alfonso/MOLINA LÓPEZ, Ricardo/SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje a Nodier Agudelo Betancur. Bogotá: Ibáñez, 2013, 1422 p. *Laura Nataly Castillo Garay*.
- SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral, 4ª. ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2012. 580 p. *Patrick Shayan Brock Manuel*.

## ENTREVISTA

- Profesor Carlos Augusto Gálvez Argote. *Carlos Augusto Gálvez Bermúdez*.

