

edp

Cuadernos de Derecho Penal



**DERECHO PENAL
Y PROCESO**

14



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**

Escuela de Derecho

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

cdp

Cuadernos de Derecho Penal

14

(Julio-Diciembre de 2015)

DERECHO PENAL Y PROCESO

Editor:

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

Coordinador editorial:

RENATO VARGAS LOZANO.

Asistente editorial:

INGRID BIBIANA MUÑETONES ROZO.

Presentación. *Fernando Velásquez Velásquez.*

Doctrina

- ¿Es necesaria una reforma de los derechos de la víctima del crimen en el proceso penal español? *Juan L. Gómez Colomer.*

- La inmunidad y el principio de oportunidad en el proceso penal. *Ana C. Navarro Navajas.*

- Los límites a la autonomía de la Fiscalía en la adecuación típica de la conducta punible. *Diana Karina Pineda-Castro.*

- Entre la madurez y el autocontrol: una cartografía para el abordaje de la delincuencia juvenil. *Luis A. Romero Miranda.*

Jurisprudencia

- La violencia de género y los ingredientes subjetivos distintos del dolo. *Daniel Andrés Benavides Ortiz.*

Reseñas y reseñaciones

- Cuéllar, Rigoberto. (Coord.) (2015). *Del valor de la Democracia en la Justicia: la exclusión de la prueba ilícita en el Proceso Penal y el respeto a los Derechos Fundamentales.* Libro en honor del Prof. Dr. Juan-Luis Gómez. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 354 p. *Laura Castillo Garay.*

- Posada, Ricardo. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal.* Bogotá: Universidad de los Andes – Grupo Editorial Ibáñez. *Juan David Jaramillo Restrepo.*

- Lenis, Karin. (2014). *El sistema de responsabilidad penal de menores.* Un estudio de las legislaciones de España y Colombia desde la teoría del Derecho penal del enemigo. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 644 p. *Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.*

Entrevista

- Profesor José Hurtado Pozo. *María Alejandra Troncoso Torres.*



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DE DERECHO PENAL No. 14

EDITOR

Fernando Velásquez Velásquez

COORDINADOR EDITORIAL

Renato Vargas Lozano

ASISTENTE EDITORIAL

Ingrid Bibiana Muñetones Rozo

COMITÉ EDITORIAL

Ph. D. José Hurtado Pozo – Universidad de Fribourg, Suiza

Ph. D. Alfonso Cadavid Quintero – Universidad EAFIT, Colombia

Ph. D. Ricardo Molina López – Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia

Ph. D. Juárez Tavares – Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil

Ph. D. Renato Vargas Lozano – Universidad Sergio Arboleda, Colombia

Ph.D. Guillermo Portilla Contreras – Universidad de Jaén, España

Ph. D. Lotario Vilaboy Lois – Universidad de Santiago de Compostela, España

Ph. D. Christian L. Wölfhügel Gutiérrez Universidad Sergio Arboleda, Colombia

LL. M. Carlos A. Gálvez Bermúdez – Universidad Sergio Arboleda, Colombia

Esp. Ingrid Bibiana Muñetones Rozo – Universidad Sergio Arboleda, Colombia

Doctor en Derecho y Ciencias Políticas Fernando Velásquez Velásquez – Universidad Sergio Arboleda, Colombia

COMITÉ CIENTÍFICO

Ph. D. Emiliano Borja Jiménez – Universidad de Valencia, España

Ph. D. Luis E. Chiesa Aponte – Universidad de Buffalo, EE.UU.

Ph. Juan Luis Gómez Colomer – Universidad Jaume I, España

Ph. D. Walter Perron – Universidad de Freiburg, Alemania

Ph. D. John A. E. Vervaele – Universidad de Utrecht, Holanda

Ph. D. Ricardo Posada Maya – Universidad de Los Andes, Colombia

Ph. D. Kai Ambos – Universidad de Göttingen, Alemania

Ph. D. Renzo Orlandi – Universidad de Bolonia, Italia

CONSEJO ASESOR

Prof. Álvaro Vargas

Prof. Mario Trapani

Prof. Nodier Agudelo Betancur

Prof. Oscar Julián Guerrero Peralta

Prof. Hernán Gonzalo Jiménez Barrero

Prof. Carlos Roberto Solórzano Garavito

Prof. Dr. Hernando León Londoño Berrío

Prof. Dr. André Scheller D' Angelo

CORRECTOR DE ESTILO

Fernando Velásquez Velásquez

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Maruja Esther Flórez Jiménez

DISEÑO CARÁTULA

Maruja Esther Flórez Jiménez

IMAGEN DE PORTADA

Shutterstock.com

Fecha de edición: julio-diciembre de 2015

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. Bogotá. D.C.

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

Correo: cuadernos.der.penal@usa.edu.co

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

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

Contenido

I. PRESENTACIÓN.....	7
II. DOCTRINA	
- ¿Es necesaria una reforma de los derechos de la víctima del crimen en el proceso penal español? <i>Juan L. Gómez Colomer.....</i>	13
- La inmunidad y el principio de oportunidad en el proceso penal. <i>Ana C. Navarro Navajas.....</i>	61
- Los límites a la autonomía de la Fiscalía en la adecuación típica de la conducta punible. <i>Diana Karina Pineda-Castro.....</i>	99
- Entre la madurez y el autocontrol: una cartografía para el abordaje de la delincuencia juvenil. <i>Luis A. Romero Miranda.....</i>	145
III. JURISPRUDENCIA	
- La violencia de género y los ingredientes subjetivos distintos del dolo. <i>Daniel Andrés Benavides Ortiz.....</i>	167
IV. RESEÑAS Y RECENSIONES	
- Cuéllar, Rigoberto. (Coord.) (2015). <i>Del valor de la Democracia en la Justicia: la exclusión de la prueba ilícita en el Proceso Penal y el respeto a los Derechos Fundamentales</i> . Libro en honor del Prof. Dr. Juan-Luis Gómez. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 354 p. <i>Laura Castillo Garay.....</i>	191
- Posada, Ricardo. (2015). <i>Delitos contra la vida y la integridad personal</i> . Bogotá: Universidad de los Andes – Grupo Editorial Ibáñez. <i>Juan David Jaramillo Restrepo.....</i>	195
- Lenis, Karin. (2014). <i>El sistema de responsabilidad penal de menores</i> . Un estudio de las legislaciones de España y Colombia desde la teoría del Derecho penal del enemigo. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 644 p. <i>Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.....</i>	198
VI. Entrevista	
- Profesor José Hurtado Pozo. <i>María Alejandra Troncoso Torres.....</i>	203

I Presentación



Con el firme propósito de continuar en la difusión del conocimiento de los saberes penales, nos es grato presentar a la comunidad académica el número catorce de nuestra Revista, que está compuesto por sus habituales cuatro secciones dedicadas a la doctrina, la jurisprudencia, las reseñas y recensiones y la entrevista.

En esta ocasión, el espacio destinado a la *doctrina* incluye cuatro artículos: en el primero, de autoría del profesor Dr. Dr. h.c. Juan Luis Gómez Colomer, bajo el título *¿[e]s necesaria una reforma de los derechos de la víctima del crimen en el proceso penal español?*, el autor examina la cuestión, tan actual como discutida, de los derechos de las víctimas en el proceso penal, centrándose en lo acontecido a propósito de las últimas propuestas de reforma presentadas y tramitadas en España sobre el particular. El segundo trabajo, firmado por Ana Carolina Navarro Navajas, intitulado *[l]a inmunidad y el principio de oportunidad en el proceso penal*, se ocupa de revisar críticamente la primera de las instituciones mencionadas y su relación con la segunda en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, pero sin perder de vista el estudio de dichas figuras en el derecho comparado. El tercero, de autoría de Diana Karina Pineda Castro, se denomina *[l]os límites a la autonomía de la Fiscalía en la adecuación típica de la conducta punible*, y está dedicado a una de las cuestiones que más debate ha suscitado entre los autores y los jueces colombianos, a propósito de la cual el juez que ejerce funciones de control de garantías se convierte en el centro de atención. Para culminar, en cuarto lugar, se incorpora el trabajo de Luis A. Romero Miranda, quien, bajo el título *[e]ntre la madurez y el autocontrol: una cartografía para el abordaje de la delincuencia juvenil*, da cuenta de algunas de las teorías que pretenden explicar la difícil problemática atinente a las causas de la criminalidad en los jóvenes.

Al hilo de los artículos incorporados a la sección de *doctrina*, se debe hacer una mención adicional –y especial, por las razones que

se pasan a explicar– a las contribuciones de Ana Carolina Navarro Navajas y Diana Karina Pineda Castro, cuyos artículos se corresponden, en buena medida, con los ejercicios finales que presentaron en el marco de la Maestría en Derecho, Línea de Investigación en Derecho Procesal Penal, que ambas cursaron en la Universidad Sergio Arboleda. Sus escritos fueron, acorde con el procedimiento habitual, sometidos a evaluación por expertos –pares–, quienes recomendaron su publicación y esa es la razón por la cual fueron incluidos en este número. Este hecho nos llena de gran alegría, pues, además de mostrar el trabajo realizado en las aulas de la universidad, permite contribuir al desarrollo de la doctrina nacional en un par de temas que revisten gran interés.

El apartado de *jurisprudencia*, a su vez, incorpora el análisis crítico hecho por nuestro discípulo Daniel Andrés Benavides Ortiz a la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con fecha del cuatro de marzo de 2015, sobre feminicidio. Allí, él examina el desarrollo jurisprudencial del delito en comentario y, en especial, lo relativo a los ingredientes subjetivos distintos del dolo que caracterizan –o deberían caracterizar– esta figura.

En el espacio destinado a las reseñas y recensiones se incorporan las de tres libros de reciente edición: en primer lugar, el texto *Del valor de la Democracia en la Justicia: la exclusión de la prueba ilícita en el Proceso Penal y el respeto a los Derechos Fundamentales*, coordinado por Rigoberto Cuéllar, a cargo de Laura Castillo Garay. En segundo lugar, el trabajo *Delitos contra la vida y la integridad personal*, en dos tomos, escrito por el Profesor Dr. Ricardo Posada Maya, examinado por Juan David Jaramillo Restrepo. En tercer lugar, el libro intitulado *El sistema de responsabilidad penal de menores. Un estudio de las legislaciones de España y Colombia desde la teoría del Derecho penal del enemigo*, escrito por la Dra. Karin Lenis Sanín, que ha sido abordado por nuestra colaboradora Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.

La sección final de *entrevistas* se dedica al Profesor Doctor José Hurtado Pozo quien nos concedió este breve espacio para dar a conocer su perfil humano; allí los lectores podrán apreciar los aspectos más relevantes de la vida de un destacadísimo académico peruano que triunfó en Europa y llegó a ser Catedrático y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fribourg en Suiza. De ella es responsable María Alejandra Troncoso Torres.

Para culminar, debemos agradecer a los autores que nos eligieron para publicar sus trabajos, a los connotados pares evaluadores que

contribuyeron a la selección y evaluación de estos últimos, a los miembros de los comités que número tras número nos acompañan y, por supuesto, a nuestros lectores. También, al señor rector, el Dr. Rodrigo Noguera Calderón, cuyo invaluable apoyo da vida a este proyecto académico.

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ
Editor

II Doctrina



¿Es necesaria una reforma de los derechos de la víctima en el proceso penal español?

*Juan-Luis Gómez Colomer**

Resumen

El texto se ocupa del papel reservado a la víctima del delito en el proceso penal español, los derechos que le asisten dentro y fuera del mismo y a su alcance, con ocasión de la reforma que se promueve en la legislación ibérica sobre la materia. La modificación del ordenamiento referido se aborda con una visión crítica, la cual le permite al autor concluir que, más allá de las reformas legislativas, debe propenderse por el cambio en algunas prácticas de los poderes públicos frente al tratamiento de las víctimas, especialmente en tratándose de las más vulnerables.

Palabras clave

Proceso penal español, víctima del delito, reforma, papel de la víctima en el proceso penal, derechos procesales, derechos no procesales.

* Artículo resultado de la Conferencia impartida por el autor en la inauguración de la VII Cohorte de la Maestría en Derecho, Línea de Derecho Procesal Penal, codirigida por él y el Profesor Fernando Velásquez, en la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia), los días 27 y 28 de febrero de 2014.

** Dr. Dr. h.c., Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Jaime I de Castellón (España); Codirector y Profesor de la Maestría en Derecho, Programa de Derecho Procesal, Penal; Profesor de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda.

Is a Reform of the Rights of the Victim in the Spanish Criminal Proceedings Necessary?

Abstract

The text deals with the role reserved to the crime victim in the Spanish criminal proceedings, his/her rights inside and outside the same and within his/her reach, on the occasion of the reform promoted in the Iberian legislation on the subject. The modification of that order is approached with a critical view, which allows the author to conclude that, beyond legislative reforms, there must be a move towards the change in some practices of public authorities against the treatment of victims, especially in the case of the most vulnerable ones.

Keywords

Spanish criminal proceedings, victims of crime, reform, role of the victim in criminal proceedings, procedural rights, not procedural rights.

Introducción: el futuro Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito

La visión española de la víctima del delito en el proceso penal puede abordarse desde diversas perspectivas, pero destaca ante todo la de su situación jurídico-procesal actual, que es paradójicamente 'ideal' si se le compara con la existente en los países que mayor influencia jurídica tienen en España, como son Alemania, Italia, Estados Unidos y en la inmensa mayoría de los demás (Gómez, 2014).

Pero eso no quiere decir que no se planteen muchos problemas en determinados aspectos. Es particularmente remarcable, para poner el ejemplo más importante, la lucha de la víctima por el reconocimiento de sus derechos en determinados delitos en los que como persona resulta muy vulnerable (acoso sexual, agresión sexual, violación, acoso laboral, trato degradante, menoscabo grave de la integridad, actos hostiles y humillantes, vejaciones y maltrato psicológico, y violencia de género), lo que afecta especialmente desde el punto de vista procesal a la investigación y prueba de los mismos.

España no ha cambiado todavía su sistema de enjuiciamiento criminal, basado en el proceso penal francés acusatorio formal o mixto, al sistema adversarial de origen anglosajón, principalmente al que se considera hoy modelo, el proceso penal federal de los Estados Unidos de América. Lo ha intentado, pero en el momento de escribir estas páginas todavía no lo ha logrado.

La verdad es que si atendiéramos exclusivamente a la situación jurídico-procesal penal de la víctima del delito, la regulación actual no debería ser modificada profundamente (naturalmente, siempre habría cosas que mejorar), o al menos no tan drásticamente como un cambio de sistema supondría. Más bien, deberían modificarse algunas actitudes prácticas de los poderes públicos en la investigación de ciertos delitos con víctimas vulnerables, reconsiderar el valor probatorio de la declaración de la víctima cuando es testigo, y brindar una mayor efectividad de las medidas de protección cuando la víctima está realmente en peligro. Con ello sería prácticamente suficiente.

La pregunta inicial que deberíamos hacernos, antes de entrar en este tipo de cuestiones, es ¿qué papel tiene reservada la víctima del delito en nuestro proceso penal? o ¿qué papel debería tener reservado?, por mejor decir deberíamos empezar por preguntarnos ¿qué interés tiene la víctima en participar en el proceso penal?, ¿qué quiere realmente?

Estas preguntas pueden contestarse desde dos puntos de vista. Una primera respuesta, más bien propia del romanticismo jurídico liberal, diría que la víctima es parte de la sociedad, pero que al ser la parte más dañada por la comisión del delito tiene como miembro de dicha sociedad un derecho legítimo y prioritario a que la paz social quede restablecida cuanto antes, por lo que su interés primordial es controlar el juicio contra el autor del delito, participando en él de la manera más amplia posible. Quiere, por tanto, que se le restituya en la dignidad que el autor del delito ha puesto en tela de juicio y, de paso, que la sociedad vuelva a la tranquilidad y paz amenazadas por ese hecho.

Pero una segunda respuesta, mucho más cercana a la realidad, aunque no niega el romanticismo, lo aparca hasta casi oscurecerlo, porque deduce de la práctica que el único interés de la víctima es, en verdad, que se dejen las cosas como estaban antes de la comisión del delito, es decir, quiere sólo que se le repare en lo material o económico, y a ser posible también en lo ideal o moral.

En nuestra opinión, el tema es más complejo, porque si se observa esa misma realidad, la víctima quiere alguna, algunas o todas estas cosas: la asistencia personal inmediata tras la comisión del delito; que se le informe jurídicamente de sus derechos en manera comprensible; que se le garantice protección frente al delincuente en todo momento; la restitución de la cosa robada, hurtada o dañada; la reparación del daño material sufrido; la indemnización de los daños morales ocasionados; la detención del autor de delito, su enjuiciamiento y condena; el reconocimiento de los hechos por parte del autor del delito; que se le pida perdón; y, en su caso, el cumplimiento de lo acordado.

A ser posible lo querría todo, por eso la clave está en decidir qué nivel de influencia puede tener la respuesta a estas preguntas en el desarrollo del proceso penal. La mejor vía para analizar esa concreción es observando los derechos de la víctima del delito en el proceso penal, tanto si decide ser parte como si no, deduciendo de su conducta lo que realmente quiere. He de aclarar previamente que no me ocuparé de los derechos actuales de la víctima del delito, tanto sus derechos fundamentales, contemplando en ellos los procesales y los no procesales, como sus derechos ordinarios, con igual subdivisión también, porque hemos tenido ocasión de tratar el tema ampliamente en un reciente libro (Gómez, 2014, pp. 234 y ss.).

La legislación española en materia de víctimas del delito va a ser reformada por imperativo legal. Ese imperativo es la obligada adaptación a España de la Directiva 29 del 25 de octubre de 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo “Por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (2012/29/UE), y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo” (De Hoyos, 2014), que va a ser transpuesta mediante una ley ordinaria, llamada Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito (abreviado, PLEVict), que en el momento de escribir estas líneas ha iniciado su tramitación parlamentaria en el Senado¹. La propuesta contiene una exposición de motivos, 35 artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria general y siete disposiciones finales. Está previsto que entre en vigor a los seis meses de su publicación oficial en el BOE.

Es importante llamar la atención ya en estos momentos sobre el hecho de que el texto español va mucho más allá de la trasposición de la Directiva citada, que se contiene en varios preceptos del PLEVict y en las modificaciones que en el mismo se ordenan de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal (mediante sus disposiciones finales segunda y tercera básicamente), porque se pretende dar una respuesta lo más amplia posible a las víctimas, excediendo del ámbito estrictamente jurídico al social.

El PLEVict recoge un catálogo general de derechos comunes a todas las víctimas que se va desarrollando, posteriormente, a lo largo del articulado y se refiere tanto a los servicios de apoyo como a los de justicia reparadora que se establezcan legalmente, y a las actuaciones a lo largo del proceso penal en todas sus fases –incluidas las primeras diligencias y la ejecución–, con independencia del resultado del proceso penal. En ese catálogo general se contemplan, entre otros, los derechos a la información, a la protección y al apoyo en todo caso, a participar activamente en el proceso penal, al reconocimiento como tal de víctima y a un trato respetuoso,

¹ El correspondiente anteproyecto de ley fue presentado al Consejo de Ministros el día 1 de agosto de 2014 para su aprobación, teniendo en cuenta el Informe del Consejo de Estado (y los demás antecedentes), lo que así sucedió, convirtiéndose en proyecto de ley ordinaria, remitido el día 2 de agosto a las Cortes y publicado oficialmente, una vez calificado, en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados con fecha 5 de septiembre de 2014 (Proyecto de ley 115-1 de 2014).

profesional, individualizado y no discriminatorio (Exposición de Motivos, apartado IV, PLEVict).

Obviamente, se requiere un desarrollo de los derechos de las víctimas, porque son muchos y algunos de difícil clasificación. Lo abordamos a continuación, pero fijándonos estrictamente en los derechos procesales de la víctima, sea o no parte en el proceso, por ser en este aspecto en donde está el núcleo principal de la futura ley.

En general, el art. 3 PLEVict, que traspone el art. 1.1 de la Directiva 29 de 2012, establece y desarrolla con detalle una serie de derechos de las víctimas que podríamos llamar derechos ordinarios. Los derechos que se recogen son claros, aunque formulados con carácter excesivamente general algunos, como el derecho a participar en el proceso penal. Por eso se concretan en el articulado más adelante. Requieren, además, desarrollo reglamentario, lo cual, en lo que a lo procesal en particular se refiere, puede ser inconstitucional si afecta a su contenido esencial.

Tal listado es claramente imperfecto y, además, es incompleto o al menos no es del todo claro en qué consiste algún derecho o cómo debe aplicarse. Es incompleto porque debería haberse mencionado expresamente el derecho más importante para la víctima, el de su indemnización, que puede lograrse o no a través de la justicia restaurativa, sí mencionada, y, por ello, debería haberse incluido expresamente, conforme lo propuso el Consejo de Estado en su “Dictamen sobre el anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito” (2014, p. 16).

En cualquier caso, los derechos recogidos en este precepto necesitan en su mayor parte de complementación con lo dispuesto en normas internacionales sobre determinadas víctimas vulnerables que la norma ni deroga ni puede derogar (Gómez, 2014, pp. 227 y ss.). El propio texto regula detalladamente en el Título I lo que llama ‘derechos básicos’ (arts. 4 a 10), que cobijan a la víctima tanto si es parte en el proceso penal como si queda fuera del mismo, mientras que en el Título II, bajo la denominación ‘Participación de la víctima en el proceso penal’ regula, entre otros temas, una serie de derechos estrictamente procesales (arts. 11 a 18).

Por ello, resulta más fácil de analizar una clasificación de los derechos básicos de la víctima si distinguimos entre los no procesales y

los procesales. Al menos sabremos dónde ubicar cada uno de ellos. Es más, dentro de los procesales deberíamos distinguir entre derechos procesales penales y derechos procesales no penales.

Los derechos extraprocesales o básicos de la víctima tienen legalmente una justificación, como consta en el apartado V de la exposición de motivos del PLEVict, cual es, esencialmente, que esta pueda obtener información sobre qué hacer y protección y asistencia inicial e inmediata frente a los daños causados. Mientras que los derechos procesales o a causa de su participación en el proceso penal, se explican legalmente en el apartado VI de la exposición de motivos del PLEVict, por la necesidad de reforzar los derechos actualmente existentes o en implementar nuevos derechos, especialmente en aquellas fases del proceso, como en la ejecución de la pena, en los que hasta ahora no tenía ninguno.

Derechos no procesales

Se regulan dos: el derecho de la víctima de una catástrofe, calamidad o suceso con gran número de víctimas a que no se le perturbe mientras decide qué hacer una vez ha sufrido el delito y el derecho de la víctima a acceder a los servicios de asistencia y apoyo.

Derecho a no ser molestada por abogados y procuradores en búsqueda fácil de clientes cuando sea víctima de una catástrofe, calamidad pública o sucesos con elevado número de víctimas que puedan constituir delito.

El PLEVict recoge en su art. 8 este derecho –una verdadera novedad del Proyecto de Ley Orgánica, sin referente alguno– que regula el período de reflexión en garantía de los derechos de la víctima. De película norteamericana, pero *made in Spain*, porque esta norma no está en la Directiva 2012/29/UE y, por lo tanto, es cosecha propia. El eufemismo del título legal del precepto lo dice todo. Se quiere acabar con la mala imagen profesional de que el abogado venda sus servicios en el lecho de muerte de las víctimas en los hospitales. Pero sólo durante un mes. Y si es la víctima la que los ha solicitado, la prohibición no existe.

En definitiva, se trata de garantizar el derecho de la víctima a escoger libremente a su abogado y procurador, sin agobios ni presiones mediáticas producidas por la catástrofe o calamidad sufrida, que sin duda habrá afectado a su estado de ánimo. El

problema es que una disposición semejante ya existe en nuestro ordenamiento jurídico, pues tanto el Estatuto General de la Abogacía de 2001 (art. 25.2, c) como el Código Deontológico de la Abogacía Española de 2002 (art. 7.2, e) la prevén específicamente; esta es la razón por la cual el “Informe del Consejo General de la abogacía”, citado en el “Dictamen sobre el anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito”, emitido por el Consejo de Estado (2014, p. 8), pide su supresión, sin que tal solicitud hubiera sido atendida. Por lo dicho, no es este el lugar de su regulación y debería salir del PLEVICT en su tramitación parlamentaria.

Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo.

Este segundo derecho no solamente se concreta en la regulación del mismo, sino que establece, además, las normas básicas por las que se regularán los Servicios de Asistencia y Apoyo y los profesionales que formarán parte de ellos.

El derecho de acceder se regula en el art. 10 PLEVICT.

Resulta fácilmente comprensible que articular un derecho de acceso de la víctima a la Justicia puede quedar en meras palabras idealizadas si no se ponen los medios para que dicho acceso sea efectivo. En el caso de las víctimas, como respecto a los ciudadanos en general, dado que no todos tienen las mismas posibilidades (ni la misma inteligencia o facilidad de comprensión), la canalización de este derecho tiene lugar fuera de instancias procesales, bien en el seno de un organismo público creado *ad hoc*, bien en una oficina de asistencia a las víctimas de naturaleza privada.

Para que sea realmente efectivo, la ley garantiza que el acceso sea gratuito y confidencial. Que no se especifique qué familiares de la víctima tienen este derecho puede crear problemas aquí, pues no sabemos para quiénes será gratuito y para quiénes no (Consejo General del Poder Judicial, 2014, p. 26 y Consejo de Estado, 2014, p. 18). Dada la prohibición de que la aplicación de esta ley cause más gasto público (Disposición Final 6^a), se tendrá que organizar con los medios ahora existentes, lo cual, a la vista de la situación económica actual, puede significar sencillamente que el derecho de acceso quede francamente impedido.

Como su desarrollo se tiene que hacer reglamentariamente, esperemos a comprobar la imaginación del legislador para evitarlo.

Creemos que se echará mano de los servicios ya existentes, como los de atención a las víctimas de la violencia de género, lo que creará más problemas de los que solucionará, por ejemplo, su colapso o mitigación de la atención particularizada y priorizada a las mismas. La gran ventaja de esta organización específica es que la víctima puede recibir, además de información jurídica, un apoyo individualizado que le ayude a resolver, si los tiene y es el caso, sus problemas psicológicos, sociales y económicos derivados del hecho delictivo que ha sufrido. Es un paliativo, que debería ser muy eficaz, de la victimización primaria en la que se encuentra ya incurso desde la comisión del delito, porque se trata de desvictimizarla cuanto antes.

Lo que hace, por ende, el PLEVICT es acoger en España el concepto de victimo-asistencia en forma organizada y con carácter general, al igual que tantos países que manifiestan una verdadera preocupación por la protección de las víctimas, y no sólo respecto a ciertas víctimas como ocurría hasta ahora, fundamentalmente, las de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual (art. 16 de la Ley 35 de 1995), o con base en iniciativas demasiado tímidas y sectorializadas². Se funda en el concepto de asistencia integral aplicado a la víctima, surgido en la ONU en el año de 1985³. Para Europa es clave la Recomendación 8 de 2006, de 14 de junio⁴, “Sobre asistencia a las víctimas de delitos”, además de la Directiva 29 del 25 de octubre

² Desde finales del siglo pasado se pusieron en marcha oficinas de asistencia a las víctimas de delito, de naturaleza pública, en determinados juzgados. Oficialmente todo empieza a moverse a partir de 1995, pero antes hubo iniciativas amparada por el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Justicia o la respectiva Comunidad Autónoma: Valencia capital en 1985 fue la pionera. Más información en http://www.mjusticia.gob.es/BUSCADIR/ServletControlador?apartado=buscadorPorProvincias&ente=4625093350000&lang=es_es&origen=&tipo=ATV&provincia=46. Con todo, su éxito ha sido muy relativo. Para mayor información, en lo que afecta al Estado, consultar en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774766880/EstructuraOrganica.html>.

³ Vide, la Declaración de las Naciones Unidas de 29 de noviembre de 1985, sobre los principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y de abuso de poder, Resolución 40/34. Recuperado de <http://funvic.org/paginas/legislacion/legi2.htm>. Se ha editado también un “Manual de justicia sobre el uso y aplicación de la declaración de principios básicos de justicia para víctimas del delito y abuso de poder”. Recuperado de <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/12-A-4.pdf>.

⁴ El texto oficial en inglés está disponible en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1011109&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>; y una traducción privada de la misma en <http://es.slideshare.net/mariadaza3958/recomendacin-2006-8-ct-mtros-consejo-de-europa-traduccin>.

de 2012. No olvidemos, finalmente, que nuestra desgraciada experiencia terrorista ha desarrollado un concepto asistencial a la víctima de estos terribles delitos desde hace mucho tiempo, lo que nos da una experiencia en esta materia para afrontar el futuro: en efecto, desde 2011, gracias a la Ley 29 de 2011, de “Reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo” (art. 51), existe una oficina pública de asistencia a la víctima de los delitos de terrorismo en la Audiencia Nacional, a cargo del Ministerio de Justicia, que puede contactarse electrónicamente.

La posibilidad de que al lado de instituciones públicas puedan asistir a la víctima organizaciones privadas facilita que muchas organizaciones no gubernamentales puedan dedicarse a este loable fin, porque son menos rígidas y permiten una mayor cercanía con la víctima, siempre que su personal esté realmente especializado; en este sentido, se destacan algunas ONG como, por ejemplo, la *Victim Support* inglesa o la *Weisser Ring* alemana.

La organización del acceso.

Es la concreción del denominado genéricamente derecho al apoyo, y se define en el PLEVICT en la creación de unos servicios de asistencia y apoyo a cargo de las Administraciones Públicas y unas Oficinas de Asistencia a las Víctimas (arts. 27 a 33). No entramos en esta cuestión por ser puramente orgánica.

Derechos procesales penales

El PLEVICT es en tema de derechos procesales penales más prolífico, pues establece hasta siete derechos procesales, algunos de ellos a su vez con derechos específicos de concreción y desarrollo, prácticamente todos ellos regulados en la LECRIM, con lo cual existe en muchos aspectos una duplicación normativa clara que en la práctica puede conllevar problemas importantes de interpretación.

Pero el problema más grave no es ese, porque, como veremos, algunos de los derechos que establece no se reconocen a la víctima únicamente cuando es parte procesal, sino que pueden ser aplicados también cuando no es parte todavía o incluso cuando ha decidido no ser parte en absoluto. Ello hace que este apartado sea de muy difícil sistematización, lo que sin duda alguna dificulta su aprendizaje y, sobre todo, su práctica correcta. A continuación, se examinan los derechos procesales penales previstos por el PLEVICT.

Derecho a entender y ser entendida en las actuaciones procesales penales desde la interposición de la denuncia.

El art. 4 PLEVict, que traspone el art. 3 de la Directiva 2012/29/UE, regula el derecho de la víctima a entender y ser entendida. Este derecho tiene una formulación lingüística discutible, porque en castellano el derecho a entender y ser entendido es, en realidad, el de comunicarse con alguien. Y este puede, perfectamente, ser una manifestación del derecho a ser informado (el propio art. 4, I admite que ello incluye “la información previa”). En nuestra opinión, la literalidad del texto europeo en la transposición no está justificada, pero, dada la regulación legal, debemos entrar en ella. Lo que se prevé en esta norma es precisamente una manifestación del derecho a ser informada que tiene la víctima (contemplado en el artículo siguiente), consistente en poder comunicarse con las autoridades judiciales, fiscales y policiales una vez iniciado el proceso, para lo que habrá recibido información desde el primer contacto con dichas autoridades.

La comunicación interactiva tiene lugar con ocasión de cualquier actuación procesal que se realice desde la denuncia hasta el final del proceso. Este derecho consiste en que la víctima debe recibir comunicaciones orales o escritas por parte de las autoridades⁵ que intervienen en el proceso y también por parte de las oficinas de asistencia a las víctimas, expresando en ellas en lenguaje claro y sencillo el contenido pertinente al acto. Esta comunicación se extiende incluso a su representante legal o a la persona que le asista⁶, si se trata de un menor de edad o persona con capacidad judicialmente complementada. Por lo tanto, tiene derecho a ser informada por escrito y verbalmente en forma transparente.

La prescripción del art. 4, II-c) PLEVict está desubicada, puesto que la víctima puede gozar del acompañamiento, además de su abogado (Exposición de Motivos, apartado V, II, y art. 16), de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades

⁵ El “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito” (Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, 2013, p. 7), propuso que se añadiera a autoridad, funcionario, pero no ha sido aceptado de momento.

⁶ El Informe del Consejo General de la Abogacía, citado en el “Dictamen sobre el anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito” (Consejo de Estado, 2014, p. 8), es contrario a esta persona que asiste a la víctima, pues dice que esa función la puede cumplir perfectamente su abogado.

y funcionarios, es un tema muy importante para ella por el apoyo, la confianza y tranquilidad que le pueda prestar esa persona, pero no es una cuestión de ‘entendimiento’.

Derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes a partir del momento previo a la presentación de la denuncia.

El art. 5 PLEVict, que traspone el art. 4 de la Directiva 2012/29/UE, regula el derecho de las víctimas a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes. No cabe duda de que el derecho a la información es, desde luego en los momentos iniciales tras la comisión del crimen y surgimiento del *status* de víctima para una persona, el más importante.

En este punto, la ley es muy explícita y no requiere de demasiado comentario dado que no son disposiciones complejas, aunque el problema puede estar en su práctica, porque ante la actual saturación de los juzgados de instrucción, imponer una obligación periódica de información a la Oficina Judicial –se supone aunque no se diga que es el órgano competente para ello– que debe actualizarse en cada fase del proceso (art. 5.2), no es fácil de cumplir; salvo que se trate de información escrita que automáticamente se mande al correo electrónico de la víctima por una base de datos, convenientemente elaborada.

El Consejo General del Poder Judicial ha propuesto que esa información se dé por expertos (2014, p. 25), pero su sugerencia no ha sido atendida, quizás porque el legislador entiende que ya está previsto en el art. 30 –implícitamente– al exigir a la autoridad una formación especial, pero no habría sido redundante remarcarlo.

En resumen, este derecho de la víctima consiste en recibir de la autoridad competente información desde el primer contacto que se produzca con ella, sin dilaciones indebidas y adaptada a su persona y al delito cometido, teniendo en cuenta también los daños producidos, sobre las medidas de asistencia y apoyo disponibles para ella; su derecho a denunciar los hechos y el procedimiento pertinente; su derecho a facilitar elementos de prueba a la autoridad; su derecho al asesoramiento y a la defensa jurídica, de confianza o gratuita. Además, las medidas de protección a su disposición y el procedimiento; y su derecho de reparación (indemnizaciones, servicios de justicia restaurativa disponibles) que, como lo indica el Consejo de Estado, debió indicarse también cómo obtener esos

servicios (2014, p. 16). También, los servicios de interpretación y traducción; las ayudas y servicios auxiliares para la comunicación disponibles, en caso de que los necesite, se supone; el ejercicio de sus derechos si reside fuera de España; los medios de impugnación a su disposición; el modo de contactar con la autoridad judicial y fiscal; cómo obtener el reembolso de los gastos judiciales, lo cual fue añadido al texto original a instancias del Consejo General del Poder Judicial (2014, p. 25); y el derecho a ser notificada del desarrollo del proceso penal en la dirección de correo electrónico o, en su defecto, en una dirección postal/ domicilio, que haya indicado la víctima en su solicitud expresa al respecto.

El Ministerio Fiscal ha propuesto que se informe también a la víctima sobre las funciones que realiza el Ministerio Público en el proceso penal que le afectan, especialmente su función tuitiva (2013, p. 8.), petición que no fue atendida.

Derechos específicos de la víctima como denunciante a obtener un resguardo validado y a la asistencia lingüística gratuita y a la traducción escrita.

El art. 6, que traspone el art. 5 de la Directiva 2012/29/UE, fija los derechos de la víctima como denunciante. Es obvio que todas las personas tienen derecho (art. 24.1 CE) y también la obligación de denunciar un delito, salvo excepción legalmente prevista (arts. 259, 260 y 261 LECRIM), y, especialmente, la víctima. A ello no se refiere este precepto, cuyo título oficial es engañoso. Lo que regula es el derecho a ser asistida por los servicios de intérprete y traducción en el momento de denunciar si no habla el castellano y a recibir un resguardo de la denuncia, aunque debería bastar devolver a la víctima la copia sellada de la misma, en mi opinión⁷.

No se olvide que si la primera autoridad de contacto de la víctima es la Policía al formular la denuncia, entran en juego los derechos de información y comunicación que en esta ley se regulan y estamos comentando, por lo tanto, no se recibirá sólo esa copia escrita, sino mucho más, una vez se haya formulado la denuncia y sea admitida por la Policía.

⁷ Coincidente con la opinión del “Dictamen sobre el anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito” (Consejo de Estado, 2014 p. 16) y con la del Consejo General del Poder Judicial, en el “Informe al anteproyecto de ley orgánica del estatuto de las víctimas del delito” (Consejo General del Poder Judicial, 2014, p. 25), que no ha sido atendida.

Finalmente, téngase en cuenta, porque no podemos entrar en ello aquí, que el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para transponer la Directiva 64 de 2010 y la Directiva 13 de 2012, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, en trámite parlamentario en estos momentos igualmente, modifica la LECRIM en su art. 1 en temas de interpretación y traducción en los procesos penales. También deben considerarse el art. 3, que modifica la LOPJ en cuanto a la habilitación como intérprete y la Disposición Adicional Única, que regula el Registro Oficial de Traductores e Intérpretes Judiciales de esta Ley Orgánica.

Derecho a ser informado sobre la causa penal.

El art. 7 PLEVict, que traspone el art. 6 de la Directiva 2012/29/UE, recoge con detalle el derecho de la víctima a recibir información sobre la causa penal. Se trata de un precepto muy extenso, pero muy importante, porque afecta sobre todo a la víctima que haya decidido no ser parte en el proceso penal, permitiéndole estar informada en todo momento sobre su desarrollo, no sólo a efectos de conocimiento, sino también a efectos de una actuación procesal explícita cuando la ley lo permita, por ejemplo, interponer un recurso.

Para que esa información sea pertinente, la víctima debe pedirlo expresamente mediante la solicitud a que se refiere el art. 5.1, m) (art. 7.1, I PLEVict, de lo que no ha sido informada)⁸. Puede revocarla sin problema alguno (art. 7.2). La exigencia de solicitud previa es razonable si ha sido informada de ello explícitamente la víctima, lo que parece que garantice el art. 5.1, m), citado expresamente en el precepto.

Se notifica en el correo electrónico que proporcione la víctima, o, si no tiene, algo muy difícil de imaginar hoy, en la dirección de correo ordinario indicada en su caso. Es aplicable supletoriamente el art. 162 LEC. Si reside fuera de la Unión Europea y no consta ninguna de esas dos direcciones, la notificación es diplomática (art. 7, III PLEVict).

⁸ Debería ser informada de ello la víctima expresamente, pero el art. 5 PLEVict no lo recoge, a pesar de haber sido puesto de manifiesto por el “Informe al anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito” (Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, 2013, p. 9).

La información se refiere estrictamente a resoluciones judiciales, desde los inicios del proceso penal hasta la finalización de la ejecución y, en este último caso, también a las resoluciones de la autoridad penitenciaria. En concreto: Auto denegando el inicio del proceso penal; la sentencia que ponga fin al procedimiento, se supone que se refiere a la definitiva (primera instancia) y a la firme (apelación o casación); autos de prisión y de posterior puesta en libertad del infractor; y la providencia en que se comunique la fuga del imputado, acusado o reo, aunque la redacción legal en este punto del art. 7.1, c) *in fine* debería mejorarse notablemente, pues es muy confusa y lo dicho en el texto es mucho más claro y preciso. Además: Autos sobre adopción o modificación de medidas cautelares personales cuyo fin fue garantizar la seguridad de la víctima; resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima; y, en fin, resoluciones durante la ejecución de la pena en caso de condena por determinados delitos muy graves a los que se refiere el artículo 13 (v. *infra*).

A propósito de lo anterior, conviene tener en cuenta que el lugar y celebración del juicio se notifica por escrito a toda víctima, por lo tanto también a la que no sea parte, por el Secretario, e igualmente el día y lugar de celebración de la vista de apelación (arts. 785.3 y 791.2 LECRIM). Así, el art. 7.1, I es más restrictivo que la legislación vigente en punto al juicio oral de la primera instancia, lo que no es admisible y debe corregirse. Sobre esto advirtieron tanto el “Informe al anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito” (Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, 2013, p. 10), como el “Dictamen sobre el anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito” emitido por el Consejo de Estado (2014, p. 17).

Además, los autos de prisión y de posterior puesta en libertad del infractor, la providencia en que se comunique la fuga del imputado, acusado o reo, y los autos sobre adopción o modificación de medidas cautelares personales cuyo fin fue garantizar la seguridad de la víctima, se notifican a las víctimas de la violencia de género de oficio, por ende, sin necesidad de que la propia víctima lo pida (art. 7.3 PLEVICT). De manera impropia se prevé que estas resoluciones judiciales y penitenciarias se hagan también a la víctima que haya decidido ser parte en el proceso (art. 7.1, III), lo que es obvio, porque como parte procesal debe garantizársele en todo caso el principio de contradicción y, en consecuencia, viene notificada de todas las

resoluciones judiciales que se dicten. Es obvio, igualmente, que se comunican a su procurador. Sobra, por lo tanto, este párrafo, ya que la notificación personal no es necesaria⁹.

No sabemos muy bien por qué la ley no quiere que se notifique la resolución completa, porque eso sería lo adecuado. Pero no, solo su parte dispositiva y un breve resumen del fundamento de la misma (art. 7.1, II). Más trabajo para la Oficina Judicial, sin posibilidad alguna de aumento de medios, ni de recursos humanos ni materiales.

Finalmente, nada dice la ley, pero deberían notificarse a la víctima también aquellas resoluciones o hechos procesales que impliquen un progreso importante en la causa (Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, 2013, p. 10), por ejemplo, el hallazgo del bien robado o también un grave contratiempo, *verbi gratia*, el decreto de una nulidad procesal con retroacción de actuaciones.

Derecho a la traducción e interpretación.

El derecho de la víctima a la traducción e interpretación se reconoce en el art. 9 PLEVict, que traspone el art. 7 de la Directiva 2012/29/UE. Se trata de un desarrollo del art. 231 LOPJ específicamente para la víctima. Se regula en la actualidad en los arts. 398 y 762-8^a LECRIM, entre otras normas aplicables, incluida la profusa normativa internacional y supranacional [véase, art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); el art. 6.3, a) y e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Directiva 64 de 2010]. No se olvide, tampoco, la transposición de la Directiva 64 de 2010, actualmente en tramitación en el Parlamento español, que modifica la LECRIM en estos mismos aspectos (véanse, “Proyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley de enjuiciamiento criminal para transponer la Directiva 64 de 2010” y la Directiva 13 de 2012).

No deben hacerse comentarios superfluos porque la disposición es clara e importante en un país tan cosmopolita como España. Si no se habla ni entiende la lengua judicial española (español o castellano y, en su caso, lengua autonómica), poca información se puede recibir y probablemente ningún derecho pueda ejercerse de forma correcta,

⁹ Para el Consejo General del Poder Judicial también es criticable. Véase, “Informe al anteproyecto de ley orgánica del estatuto de las víctimas del delito” (2014, p. 27).

lo que implica según la jurisprudencia internacional y española una clara vulneración del derecho de defensa y del derecho al proceso con todas las garantías, si se trata del imputado o acusado, pero, si se trata de la víctima, el derecho constitucional en juego es el derecho a la tutela judicial efectiva (TEDH, *Kamasinski vs. Austria*, 1989 y la Sentencia 71 de 1988 del Tribunal Constitucional, entre otras muchas), de ahí la obligación de coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos de la víctima ofreciéndole los servicios de traducción e interpretación.

El derecho se extiende a quienes hablan o comprenden el castellano o la lengua autonómica en su caso, pero tienen dificultades y limitaciones auditivas o de expresión oral, para que queden cubiertos los sordos, mudos y ciegos, así como a las personas con discapacidad que afecte a esos sentidos (art. 9.1, a)-II). El servicio se presta a una persona estrictamente por ser víctima de un delito. No importa que sea o no parte, no importa que comparezca como testigo. Pero la aplicación preferente del art. 9, como es lógico, se produce cuando la víctima no sea parte. Tampoco es relevante ante qué autoridad (Policía, Fiscalía, Juez) declara o de qué autoridad recibe información, lo que incluye a los servicios de asistencia y apoyo.

El derecho consiste en contar con un intérprete gratuito y en tener una traducción gratuita. El primero, para cuando tenga que declarar o el acto sea oral y necesite escuchar y participar, bien presencialmente, que es lo aconsejable para garantizar mejor los derechos constitucionales del imputado o acusado, bien por videoconferencia (at. 9.2); el segundo, para cuando deba recibir determinados escritos o tenga que presentarlos, permitiendo la ley, por cierto, que no se traduzca el escrito y que éste sea sustituido por un resumen oral de su contenido (art. 9.3).

La traducción gratuita parece limitarse por la ley a las resoluciones previstas por los arts. 7.1 y 12, y a la información que resulte esencial para el ejercicio de los derechos, lo cual puede ser problemático en la práctica si ese resumen no es correcto o la traducción no es buena, pudiendo presentar la víctima una moción para que se considere esencial un documento (art. 9.1, b) y c). Ahora bien, ¿gratuitamente también en este último caso? Si no lo es, al menos provisionalmente, el derecho es dudosamente ejercitable. Por lo tanto, la interpretación es un derecho que debe reconocerse a la víctima durante todos los actos orales en los que deba intervenir y por toda

su extensión, mientras que la traducción es un derecho concreto, para determinados actos escritos.

La negación de este derecho por la Policía o por el Juez es recurrible conforme al art. 9.4 y 5 PLEVict. ¿Y si lo deniega la Fiscalía? Este aspecto no está resuelto, por lo que debería ser equivalente a cuando lo deniega la Policía. La ley es, finalmente, muy generosa en la extensión de este derecho, como demuestra la propia lectura del precepto. Eso honra al Ministerio de Justicia, pero el Ministerio de Hacienda se va a encargar de que la ley no se cumpla, porque una extensión tan amplia del derecho de traducción e interpretación como la regulada en este precepto cuesta mucho dinero, y la ley se autoimpone un costo de aplicación cero (Disposición Final 6ª). Sin comentarios, por tanto.

Derecho de la víctima a participar en el proceso penal como parte ejerciendo la acción civil e interponiendo la pretensión penal.

Esta potestad, regulada en el Título II PLEVict se descompone, a su vez, en varios derechos, algunos de los cuales son propios de las víctimas que sean parte y otros de las víctimas que no sean parte en el proceso penal, existiendo finalmente otros que se afectan por igual, tanto si es parte como si no. Llamamos la atención, por lo tanto, respecto a lo indicado *supra* en cuanto a la dificultad que esta técnica legislativa comporta para el intérprete.

Pero antes de entrar en materia debemos fijarnos en una cuestión lingüística: la ley habla del derecho de participación activa de la víctima en el proceso penal, sin duda alguna influenciada totalmente por la Directiva 29 de 2012. En puridad, el derecho de participación activa debería ser en España su derecho a ser parte penal y civil en el proceso penal, pero, entonces, el PLEVict no se entendería siempre bien, porque su mayor impacto está previsto para cuando la víctima decide no hacerse parte. Por ello, habría que distinguir cuando la víctima sea parte, de cuando no lo sea, sabiendo que en varias ocasiones el precepto se aplica a ambos supuestos, lo que remarcaremos específicamente. Así y en concreto, debemos analizar estos derechos desde los siguientes puntos de vista:

Como parte procesal.

El PLEVict desarrolla el derecho genérico de participación en cuatro derechos específicos en sus arts. 11 y 14 a 16:

Derecho a una participación activa en el proceso penal como parte penal y civil.

El primero hace referencia a la participación activa en el proceso penal y se regula en el art. 11 PLEVict, que traspone el art. 10 de la Directiva 2012/29/UE. Quizás esta norma podía haberse incardinado en los arts. 109 bis y 110 LECRIM aprovechando la Disposición Final 2ª de dicha futura ley. También modificando el 761 LECRIM. Por lo demás, su contenido es claro, pues constitucionalmente la víctima tiene derecho a ser parte acusadora particular en el proceso penal y, por lo tanto, esta norma lo que hace es confirmarlo (apartado a), añadiendo un derecho obvio si es parte: el de aportar pruebas e información ante la autoridad pública de persecución (apartado b).

La regulación de cómo se persona y comparece adquiriendo la cualidad de parte es la prevista en nuestra LECRIM con las realidades prácticas que en los últimos tiempos se han producido a la vista del art. 761.2: denuncia manifestando su voluntad de ser parte, querrela clásica, escrito específico o comparecencia *apud acta*.

Pero no se resuelve el término *ad quem*, es decir, hasta cuándo puede personarse como parte y hasta cuándo puede aportar pruebas e informar en la investigación. Si aplicamos la regla general hoy vigente, el momento procesal último para personarse debería ser el inicio del acto del juicio oral, compareciendo personalmente en la sesión, puesto que tanto en el proceso penal ordinario por delitos más graves como en el proceso abreviado, y, por ende, en todos los demás por delito, la acusación ya se ha presentado (con base, reconozco de difícil interpretación conjunta, en los arts. 110 y 785.3 LECRIM). Y, para aportar pruebas e informar no siendo parte, el momento procesal último debería ser antes de que se dicte la apertura del juicio oral, pero no es claro, por lo que debería decirse específicamente (Consejo General del Poder Judicial, 2014, pp. 30-31). Sin embargo, esto va a cambiar, acogiendo la más moderna jurisprudencia, con la introducción del nuevo art. 109 bis LECRIM por la Disposición Final 2ª PLEVict.

La importancia del art. 11, b) reside, por ello, desde otro punto de vista, en el caso de que la víctima haya decidido, o todavía no lo tenga claro, no ser parte en el proceso penal, pues, entonces, su derecho a participar inicialmente sí tiene sentido, ya que la ley le permite colaborar con la investigación desde su punto de vista,

de manera que sea más eficaz para garantizarle en el futuro una adecuada restitución, reparación e indemnización por los daños físicos, psíquicos y morales sufridos. Se eleva a rango de ley lo que ya sucede en la realidad, pues la Policía siempre busca la colaboración de la víctima y recoge como material probatorio todo lo que esta le proporciona que pueda servir a ese fin.

Derecho al reembolso de gastos.

El art. 14 regula el derecho al reembolso de gastos de las víctimas y traspone el art. 14 de la Directiva 2012/29/UE. Un derecho lógico, del que habrá sido previamente informada (art. 5.1, 1) PLEVICT), porque, dado que forzosamente se ha visto ubicada en el estatuto jurídico de la víctima de un delito, no puede exigírsele que, además, tenga que pagar los gastos y costas procesales derivados de su participación en el proceso. Para ello es necesario que la sentencia condene en costas y que el acusado haya sido condenado, a instancia de la víctima, por delitos por los que el Fiscal no hubiera acusado, tras la revocación del sobreseimiento gracias a un recurso interpuesto por la víctima.

Debe entenderse que no se considera entre esas resoluciones la decisión del Ministerio Fiscal de no continuar adelante con sus diligencias de investigación internas¹⁰, para lo que tiene un plazo de seis meses una vez abiertas, pues la víctima puede, en tales casos, denunciar el hecho ante el Juez (art. 5.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981).

Dada la redacción legal, el derecho al reembolso debe ser aplicable tanto si la víctima ha sido parte como si no. Aquí se emplea el derecho a participar en el doble sentido a que nos referíamos anteriormente, lo que dificulta enormemente la ubicación sistemática de este precepto. En la medida en que su importancia práctica es mayor cuando se ha sido parte, preferimos optar por esta vía.

La víctima deberá justificar los gastos procesales (*v.gr.*, consultas previas con un abogado, preparación de alguna prueba). Se supone que el procedimiento de reembolso deberá establecerse reglamentariamente, salvo que se acuda directamente a las normas sobre tasación y exacción de costas para su pago. Esta norma hay

¹⁰ El “Informe al anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito” del Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, (2013, p. 17), pidió sin éxito alguno que se aclarara este punto.

que relacionarla con lo dispuesto en el art. 126.2 del Código Penal, reformado a su vez por la Disposición Final 3ª de esta ley orgánica.

Derecho a la Justicia restaurativa.

El importante art. 15 establece el derecho de la víctima a los servicios de justicia restaurativa y traspone el art. 12 de la Directiva 2012/29/UE. No podemos entrar aquí a desarrollar el concepto, el contenido, las modalidades, los requisitos, el procedimiento, la resolución, la ejecución y los efectos de la Justicia restaurativa (Barona, 1999; Barona, 2009 b; Castillejo Manzanares & Benavente, 2011, pp. 501 y ss.). Únicamente debemos fijarnos en lo que atañe a la víctima, porque para la víctima lo que importa en la mayor parte de los casos es la reparación civil y no la condena penal del autor del delito que ha sufrido¹¹. Y una manera de ser reparado rápidamente y sin mucha complicación es a través de la mediación penal, la manifestación más importante, aunque no la única, de la Justicia restaurativa¹².

La ley abre esta posibilidad, aunque para su plena implementación se requiere, primero, que la mediación penal se autorice en general para adultos¹³ por una ley, lo que de momento no es el caso en España¹⁴ y, segundo, un desarrollo reglamentario adecuado. Qué

¹¹ Mi papel como miembro del grupo de trabajo del Ministerio de Justicia encargado de elaborar un estatuto integral de la víctima en 2013, habiendo asistido en solo dos ocasiones, se contrajo a la redacción de un borrador de texto legal sobre la Justicia restaurativa. Lo tengo en mi poder y fue enviado al Ministerio de Justicia por e-mail el día 6 de enero de 2013. Constaba de 44 artículos, muchos de ellos necesitados de complementación con lo dispuesto en el Anteproyecto de nueva LECRIM que en esos momentos se estaba elaborando en el seno del mismo Ministerio, pero que yo no conocía. Se seguía a rajatabla la obligación de transposición de la Directiva 29 de 2012. Obviamente no ha sido publicado. En líneas generales puedo decir que no ha sido tenido en cuenta por el Ministerio. Hago referencias a él en mi artículo "Notas sobre la Justicia procesal (alternativa, negociada, transaccional, restaurativa o reparadora). Un nuevo subsistema de Justicia para aliviar al sistema de Justicia Judicial" (Gómez, 2015). Tampoco he sido consultado como experto cuando el Ministerio decidió publicarlo selectivamente en 2013.

¹² Sobre las últimas novedades en cuando a la mediación penal en España, véase, Armengot Vilaplana, (2014, pp. 91 y ss.).

¹³ Para menores delincuentes ya lo está por el art. 19 de la Ley Orgánica 5 de 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

¹⁴ Como la reforma integral de nuestro enjuiciamiento procesal penal está ahora paralizada, va a ser el Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, sede poco adecuada, porque no es la norma básica de nuestro proceso penal, hoy

duda cabe que si eso no ocurre definitivamente, o mientras tanto, las disposiciones de la Ley 5 de 2012, pueden resultar parcialmente aplicables.

Para que la mediación sea admisible deben cumplirse los requisitos del art. 15.1, que no son ni pocos, ni en algún punto fáciles de satisfacer: La mediación no debe estar legalmente prohibida a causa del delito cometido, lo que sucede explícitamente en casos de violencia de género (art. 44.5 Ley Orgánica 1 de 2004); el autor del delito debe haber reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad y prestar su consentimiento para la mediación; la víctima, una vez ha sido ‘exhaustivamente informada’ (una evidente exageración conceptual), debe estar también de acuerdo; y, muy importante, el desarrollo de la mediación no debe entrañar riesgos para la seguridad de la víctima ni causarle más daño, exigencia no prevista en la Directiva 2012/29/UE, como destaca acertadamente el “Dictamen sobre el anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito” (Consejo de Estado, 2014, p. 21).

No resuelve el legislador español si la mediación será admisible en todos los delitos o sólo en algunos de ellos, porque en este caso no proporciona un listado. Obviamente, lo que se diga en el procedimiento de mediación es confidencial. Los mediadores están sujetos a secreto profesional y los resultados obtenidos no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes (art. 15.2). La mediación es siempre voluntaria, razón por la que el consentimiento para participar en ella es revocable en cualquier momento por cualquier parte (art. 15.3).

Finalmente, y es importante porque no se ha transpuesto la Directiva 2012/29/UE aquí y ello es ilegal, el acuerdo alcanzado conforme al art. 12.1, d) de la misma, podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal; así lo denuncia expresamente el “Informe al anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito” (Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, 2013, p. 18). De mantenerse en España la regulación del PLEVict, ello no será posible, al menos de inmediato.

La novedad fundamental de esta norma es que la víctima pueda ser reparada rápidamente y sin mucha complicación a través de

en tramitación parlamentaria, la norma habilitante de la mediación penal en nuestro país, que requerirá sin duda desarrollo reglamentario, el mínimo imprescindible.

la mediación penal, la manifestación más importante, aunque no la única, de la Justicia Restaurativa. El derecho a la reparación es tan relevante que, en realidad, es el único derecho que en definitiva le importa, sin que se malinterpreten estas palabras. Si es parte, lucha ella misma por este derecho, si no lo es lo asume el Ministerio Fiscal con cierta intervención de la víctima. Consiste, en su caso, en recuperar el bien mueble intacto (restitución), ser reparada económicamente en el daño causado, bien en su persona (física o psíquicamente), bien en sus bienes y derechos (económicos y morales), e indemnizada por los perjuicios sufridos.

Como en suma se trata de obtener una tutela reparadora y restaurativa de sus bienes y derechos económicos, la cuestión es atender al patrimonio del autor del delito y, si no tiene, o complementariamente, a fondos públicos de indemnización, en el supuesto obviamente de que existan. Pero para lograr del autor la restauración/reparación se requiere en el proceso penal moderno de instituciones que equilibren mejor las disfunciones del sistema, de manera tal que todos paguen un precio, la víctima cediendo en sus pretensiones y el autor del delito obteniendo una ventaja jurídica frente a la consecuencia jurídica del delito que le habría correspondido de aplicarse la ley estrictamente.

El diseño del sistema compensatorio de reparación exige hoy la articulación de órganos públicos de mediación, conciliación y restauración, y de organismos privados con fines específicos en la materia, por ejemplo, las instituciones del ADR, conciliación, acuerdo, mediación civil y mediación penal (sobre ella, específicamente *infra*). No todos están ni permitidos ni desarrollados, pero el Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito va a darles un gran impulso.

Hasta que ello sea una realidad, la víctima parte de una posición relativamente ventajosa frente a actos de favorecimiento de la situación jurídica del imputado y/o acusado en una negociación, porque, para que ello sea posible, debe estar completamente reparada, lo que condiciona, parece que razonablemente, la eficacia de la institución alternativa. Se articula mediante instituciones en las que la víctima influye en las alternativas a la persecución (principio de oportunidad), en la negociación sobre la pena (conformidad), y en la continuidad en la ejecución de la pena (suspensión).

Muchos de estos derechos están ya reconocidos en la ley, aunque sea en forma deficiente. Lo que va a hacer el Estatuto Jurídico de

la Víctima del Delito es recogerlos, mejorarlos y ampliarlos para colocar a la víctima en el Siglo XXI, en todos aquellos aspectos en que en España, con su situación particular ideal de poder ser parte acusadora penal y parte civil, pueda resultar más beneficiada, en especial, si decide no ser parte en el proceso penal. Entramos en este tema a continuación. La reparación e indemnización (Justicia Restaurativa) es la manifestación más concreta, una vez ha ejercido la víctima su derecho de acción, del derecho a la tutela judicial efectiva, porque facilita de manera adecuada su pronta satisfacción (Galain, 2010, pp. 87 y ss.).

De momento podemos hablar en España de principio de oportunidad (alternativas a la persecución) o de Justicia negociada (conformidad), tanto si es parte como si no, porque el acuerdo final requiere de su concurso. Una institución como la mediación penal todavía no está permitida en España, salvo en menores como indicamos, y en algunos casos también recogidos, como en temas de violencia de género, está expresamente prohibida (Cervelló, 2013, pp. 22 y ss.; De Vicente, 1997, pp 173 y ss.; Ferreiro, 2005, pp. 413 y ss.; Garcíandía, 2012, pp. 1005 y ss.; Quintero, 2011, pp. 501 y ss.; Varona, 2000, pp. 37 y ss.; Varona, 2011, pp. 13 y ss.). En el extranjero hay diferentes posibilidades, distinguiéndose claramente los países anglosajones de los demás (Tamarit, 1994, pp. 21-48).

En su articulación, no debe caerse en el error de querer hacer amigos al delincuente y a la víctima (Fairén, 1992, p. 28). Se trata de otra cosa, y ni la amistad es lo principal, ni necesaria en este punto. Tampoco atendemos a una posible culpa de la víctima en la producción del hecho delictivo de cara a mitigar o impedir su restauración. Este apasionante tema sustantivo (Cancio, 1998, pp. 18-22; Silva, 1993, pp. 28 y ss.), en el que no podemos entrar, debería tener repercusión en la fase de restauración de la víctima, porque, al fin y a la postre, estamos ante un caso en el que la víctima es también autor (por ejemplo, el dueño del bar que sirve gratuitamente alcohol a una persona, copa tras copa, habiendo apostado con ella sobre su resistencia y capacidad para beber un litro de *whiskey*, siendo ingresada al día siguiente como consecuencia del alcohol ingerido en un hospital en donde perdió parte del estómago y del intestino delgado tras una complicada operación quirúrgica, ¿es responsable penalmente sólo él del hecho, o lo es también la víctima que se embriagó?), pero nuestro ordenamiento actual nada dice al respecto. El Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito sí prevé una devolución

de las ayudas recibidas por la víctima dándose determinados requisitos, entre los que no se recoge este (Gómez, 2014, pp. 371 y ss.).

Pero la vía más efectiva es hoy, y por mucho tiempo al parecer, el ejercicio de la acción civil acumuladamente a la penal, de manera que, como víctima perjudicada, pueda instar su reparación directamente (Fernández, 2004, pp. 223 y ss.). La razón de esta regulación especial reside en que la mediación, como institución autocompositiva que requiere una implicación directa, voluntaria y consciente de las partes enfrentadas, implica un cambio de perspectiva en la manera de resolver el conflicto que está detrás de todo delito entre su autor y la víctima, que afecta a muchas instituciones procesales, incluido, obviamente, el procedimiento, pero, sobre todo, a los principios más importantes del proceso penal y, desde luego, a una nueva manera de entender el Estado y el ejercicio del *ius puniendi* (Barona, 2010, pp. 229 y ss.). En España, además, debe vigilarse especialmente que las competencias normativas atribuidas a las comunidades autónomas en materia de mediación sumen y no resten en ese nuevo entendimiento de cómo resolver la cuestión jurídica que está detrás.

No olvidemos, a la hora de analizar la futura mediación penal que se va a tener que regular en España, que si analizamos la cuestión en clave histórica y observamos los países que nos rodean jurídicamente, el desarrollo de la mediación se corresponde con el desarrollo de los derechos de la víctima del delito, pero que en nuestro país, precisamente al poder ser parte la víctima en el proceso penal como acusadora particular, muchos de los problemas que se pretenden resolver con la mediación, se resuelven perfectamente en el seno del propio proceso penal, con lo cual, *a priori*, su impacto va a ser mucho menor. Pero, también es cierto que en España su espacio no va a quedar asegurado mientras el proceso penal se desarrolle tan lentamente como sucede hoy en día, y quienes públicamente intervienen en él contribuyan decisivamente a ese pésimo funcionamiento. En otras palabras, si el sistema de Justicia judicial no funciona en España, entonces hay que buscar alternativas y la mejor hoy en día es la Justicia procesal (la no judicial), destacando entre sus instituciones la mediación penal. El problema no va a ser, pues, de articulación, sino de encaje (Gómez, 2015, pp. 169 y ss.).

La clave de ello reside en que la mediación penal es la vía idónea para que la víctima obtenga su reparación, que como hemos afirmado en páginas precedentes es la cuestión que más preocupa a la

víctima en el fondo. Su funcionamiento se justifica de manera fácilmente entendible. Se desacraliza la acción penal, el proceso penal y su amenaza (la pena) deja de existir, al menos momentáneamente, y la contienda se entabla en forma diferente, adoptando la forma de reconocimiento de un conflicto por ambas partes, en el que una persona ha causado un daño a otra, que debe ser, ante todo, reparado de una manera personalizada y concreta en función de su entidad.

La mediación penal se desarrolla fuera del proceso penal, pero su decisión incide directamente en él, porque, si hay acuerdo, implica su terminación, al menos parcialmente. Esta mediación, llamada intraprocesal porque el proceso penal ya está en marcha y todavía no ha terminado mediante sentencia firme, es la más importante en la práctica, porque es lo usual, dado que los delitos públicos exigen su persecución por el principio de necesidad¹⁵.

El mediador no es un juez, ni un fiscal, ni debería ser un abogado penalista, ni siquiera un jurista, aunque no nos opongamos a que sea un abogado. Pero parece papel más para expertos, por ejemplo del campo de la criminología o de la psicología social. Su función principal no es llegar al acuerdo, que es muy importante porque si fracasa el proceso penal resultará más largo y complejo que si no hubiera tenido lugar, sino garantizar que la negociación se produce en términos de igualdad, para que el autor del delito no aproveche la ocasión para victimizar todavía más a la víctima.

Obtenida la reparación, la víctima deja de tener interés en el proceso penal, que seguirá en función del delito cometido y de la negociación alcanzada, y siempre que el control judicial sea satisfactorio, para llegar a una condena, probablemente, del autor del delito, mucho más satisfactoria para éste o, al menos, no tan importante como la que habría correspondido de no haberse alcanzado la mediación, de manera que las funciones constitucionales resocializadora y rehabilitadora de la pena se cumplan mejor. Colaborar con la Justicia y reparar a la víctima siempre debe ser, al menos, una atenuante, y en España así es (art. 21.5 CP).

¹⁵ También tiene importancia la mediación en fase de ejecución penal, porque en España tenemos normas que condicionan beneficios penitenciarios e incluso la propia libertad a la reparación de la víctima (arts. 4.4, 80, 81, 88, etc. CP), pero para la víctima puede ser demasiado tarde, de ahí que los esfuerzos mayores deban concentrarse en la mediación intraprocesal.

El juez penal controla el acuerdo de mediación. La vía más común es, si la ley permite que el proceso deje de existir, la del sobreseimiento libre y, si el juicio oral ya está abierto, la utilización de la conformidad (de momento, a salvo de que la futura ley introduzca una vía propia) y su reflejo en la sentencia conforme a las normas aplicables, en lo que ahora no entramos.

Resulta por ello absolutamente imprescindible, como decíamos *supra*, que la futura ley de mediación penal regule, mediante un listado de *numerus clausus*, qué delitos permiten acogerse a esta solución alternativa, dado que no pueden ser todos porque socialmente ello sería reprochable; recordemos, por ejemplo, que en casos de violencia de género, como consecuencia de ese sentir social que recoge la Política Criminal del Gobierno, la mediación penal está hoy prohibida legalmente (art. 44.5 Ley Orgánica 1 de 2004). Política criminal, principio de legalidad y principio de oportunidad juegan aquí un papel distinto a la persecución judicial del delito, pero no por ello dejan de existir como principios esenciales del proceso penal y de la mediación penal; este es, por cierto, uno de los grandes temas que se discuten a la hora de autorizar la mediación penal en España: la postura doctrinal mayoritaria es no permitirla para todos los delitos, sino establecer límites derivados de la gravedad de los hechos o de los bienes jurídicos protegidos (Barona, 2010, pp. 242-246). Si atendemos además a las víctimas especialmente vulnerables que reconoce el futuro Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, esta cuestión tiene una importancia crucial, pues ante ellas la sensibilidad social es más elevada.

No considero apropiada la mediación cuando hay un único autor y numerosas víctimas (terrorismo, narcotráfico, etc.), por resultar demasiado difícil de manejar. De ahí que la futura ley de mediación penal debe prever también causas objetivas de exclusión de la mediación. Tampoco cuando el autor del delito es insolvente, para lo que su capacidad económica deberá determinarse antes de la mediación, porque entonces la reparación de la víctima, el fin principal de la mediación penal, es imposible y únicamente saldría beneficiado el autor del delito, lo que sería, además de injusto, inmoral.

Asimismo, debe concretarse la voluntariedad de la mediación, de manera que por esta razón nunca pueda ser impugnada por nulidad. Por ello, debe regularse en qué términos se entiende que el autor ha reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad y en qué términos debe prestar su consentimiento para

la mediación. Igualmente ha de preverse específicamente, como es obvio, en qué términos la víctima debe prestar su conformidad para la mediación. También, es consecuencia de la voluntariedad y debe, por ello, regularse que no cualquier revocación será admisible, estableciéndose causales concretas, para que la Justicia no esté en manos del capricho.

La confidencialidad, a la que nos hemos referido *supra*, debe ser regulada expresamente y, sobre todo, castigada penalmente su vulneración por el mediador. La vulneración por parte del autor del delito debería implicar la pérdida de beneficios procesales y sustantivos, y, por parte de la víctima, se debería tener por no hecha, quedando a expensas del proceso penal su reparación. Se trata, en suma, de garantizar a toda costa el principio de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Derecho a la Justicia gratuita.

Finalmente, se reconoce en el art. 16 –que traspone el art. 13 de la Directiva 2012/29/UE– el derecho de la víctima a la Justicia gratuita. Con base en los arts. 14, 24.1 y 119 CE se establece un derecho de acceso gratuito a la justicia de la víctima. Si decide ser parte en el proceso, se aplican sin problema alguno las disposiciones pertinentes de la LECRIM y la ley 1 de 1996¹⁶, pero el art. 16 es más efectivo si se aplica a la víctima que decida no ser parte, porque entonces es cuando realmente puede ejercer los derechos que la ley le concede no siendo parte con plenas garantías de asesoramiento jurídico sobre los mismos. La solicitud se presenta ante el funcionario o la autoridad que le haya proporcionado la información o ante la Oficina de Asistencia a las Víctimas.

Por lo demás, el procedimiento continúa ante el Colegio de Abogados. Pero esto no es correcto, porque también debe intervenir el Colegio de Procuradores, dado que el PLEVICT no limita ningún derecho de los reconocidos en el art. 6 ley 1 de 1996; por lo tanto, la víctima tiene derecho a todo el contenido del beneficio de asistencia jurídica gratuita fijado legalmente, especialmente, a todos los que realmente le son útiles, a saber: Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso; defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial;

¹⁶ Por cierto, está pendiente de aprobación parlamentaria la nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Habrá que estar al tanto de sus disposiciones aplicables para la víctima.

exención del pago de tasas judiciales, así como del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos; y, asistencia pericial gratuita. A ella hay que añadir la exención de pago a los testigos que declaren a su cargo, en consonancia con la interpretación práctica al uso y jurisprudencia sobre la Ley 1 de 1996 (Gómez, 1996, pp. 1579-1587).

Sin ser parte.

A pesar de su ubicación, y teniendo en cuenta la advertencia anterior sobre las grandes dificultades de sistematización de este tema, los siguientes tres derechos específicos de participación en el proceso penal no son tales, porque la víctima no es parte en el proceso penal, de ahí que debamos distinguirlos de los anteriores. Es cierto que, una vez cumplido el derecho, la víctima tiene una opción de intervenir o participar en el proceso penal, por ejemplo, interponiendo un recurso, pero si tiene este derecho es precisamente porque no es parte.

Derecho a que se le comuniquen el auto de sobreseimiento y a impugnarlos

El primer derecho de la víctima que decide no ser parte es el de comunicación y revisión del sobreseimiento de la investigación a su instancia, de acuerdo con el art. 12 PLEVict, que traspone el art. 11 de la Directiva 2012/29/UE. Esta norma, que hay que poner en relación con el art. 636 LECRIM, también reformado por el PLEVict en su Disposición Final 2ª, es importante, porque evita el desamparo judicial de la víctima, al menos en una primera fase del proceso, pues es informada de que el juez ha dictado auto de sobreseimiento, libre o provisional, en la causa por el delito que ella ha sufrido. La paralización perjudicial para la víctima se remedia concediendo a la misma el derecho al recurso.

Los autos de sobreseimiento se notifican siempre a las víctimas directas a estos efectos, lo hayan pedido o no. Por eso, no aparecen ya recogidos en el art. 7.1 PLEVict, pues se daba una contradicción aparente ya que en un precepto tenían que haberlo pedido expresamente y en el otro no. La comunicación se produce a la víctima que haya denunciado el hecho, y al resto de víctimas directas que, no habiéndolo denunciado, resulten conocidas y se sepa su domicilio. También a las víctimas indirectas en caso de fallecimiento o desaparición de la persona (en)causada por el delito, conforme a lo ya explicado (art. 12.1, I y II).

La limitación establecida al permitir al juez prescindir de la comunicación a los familiares de la víctima muerta o desaparecida no es ajustada al art. 11 de la Directiva 2012/29, que no establece tal límite. Como es restrictiva, se puede decir que la transposición no es ajustada a la norma comunitaria¹⁷. Los términos ‘esfuerzos desproporcionados’ presentan dificultades interpretativas más que evidentes por su carácter subjetivo (Consejo de Estado, 2014, p. 19).

El recurso procedente es el fijado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, generalmente apelación (art. 779.1-1^a LECRIM, modificado por el PLEVICT), pero también es posible casación en los casos del art. 848, II (art. 636 LECRIM, modificado recordemos por el PLEVICT). Se tramita, por lo tanto, conforme a sus normas sin especialidad alguna.

Pero el plazo debería ser el común a todas las partes (cinco días, si entendemos aplicable el art. 212 LECRIM; o diez días si entendemos aplicable el art. 790.1 LECRIM) y no el de 20 días, tanto si la víctima ha sido parte como si no que propone el PLEVICT (arts. 636, VI y 779.1-1^a último párrafo LECRIM, modificados por el PLEVICT). La razón que está detrás de esta ampliación sólo se podría justificar respecto a la víctima que no haya sido parte, porque entonces necesitará más tiempo para conocer la causa y, ante todo, buscar abogado, pero es difícilmente creíble que una víctima informada del proceso contra su agresor no sepa cómo están las cosas, con lo que no necesitaría tanto tiempo. Y la víctima que hasta aquí no ha querido saber nada del proceso penal, seguirá sin querer saber nada con toda seguridad, por mucho que lamente el sobreseimiento y aumente su desconfianza en la Justicia (Consejo General del Poder Judicial, 2014, pp. 33-34).

No se exige que previamente se persone (art. 12.2), por lo que su personación ante el juez o tribunal se produce compareciendo e interponiendo directamente el recurso, pero debe postularse correctamente, ya que la ley no prevé, ni puede prever excepción alguna al respecto tratándose de recursos. Esto significa que la víctima debe estar asistida por abogado y procurador. Es carga suya,

¹⁷ Los Consejos piensan lo mismo, v. “Informe al anteproyecto de ley orgánica del estatuto de las víctimas del delito” elaborado por el Consejo General del Poder Judicial (2014, pp. 32-33; Gómez, 2014); y el “Dictamen sobre el anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito”, emitido por el Consejo de Estado (2014, p. 19).

si va a recurrir, resolver el tema de su postulación, sin perjuicio de su derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Derecho a recurrir resoluciones dictadas durante la ejecución de la pena.

El segundo derecho es el derecho de la víctima a participar en la ejecución de la pena, reconocido en el art. 13, una importante novedad legislativa que no viene exigida por la Directiva 2012/29/UE, puesto que nada dice al respecto, aunque la víctima deba ser informada de la causa, lo que incluye la ejecución, conforme al art. 6, y deba ser informada específicamente de la puesta en libertad o fuga del penado (art. 6.5). Tampoco existe norma similar en ninguno de los países de nuestro entorno cultural influyentes jurídicamente. Este precepto, de hecho, fue el único motivo de discrepancia en el seno del CGPJ, como puede verse en el Voto particular al “Informe al anteproyecto de ley orgánica del estatuto de las víctimas del delito” (Consejo General del Poder Judicial, 2014, pp. 3-13); en suma, lo que proponen los discrepantes es que no se altere el actual sistema porque el cumplimiento de las penas es potestad exclusiva del Estado, y que, por lo tanto, solo el penado y el MF puedan recurrir las decisiones del JVP, como ocurre ahora.

Su introducción puede radicar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que afirma modernamente que la pena también tiene, al lado de su finalidad constitucional de resocialización, una finalidad retributiva, lo que daría pie a la intervención de la víctima [Sentencias del Tribunal Supremo números 12 de 2011 (RJ\2011\324) y 783 de 2012 (RJ\2012\9869)].

Estamos ante una norma importantísima, muy extensa, pero de contenido fácilmente explicable, aunque no indiscutible, ni justificable sin reparos. No olvidemos que la jurisprudencia ha apoyado la exclusión legal de la participación de la víctima en la fase de ejecución del proceso penal hasta ahora, porque no tiene derecho constitucional alguno a ello¹⁸. Téngase en cuenta que si se ha mantenido esa postura por nuestros tribunales no es porque les diera igual qué pensara la víctima, o porque considerase que la tutela judicial efectiva no se extiende a la ejecución, sino muy al contrario, porque no existía tal desprotección, ya que el Ministerio Fiscal está obligado a proteger legalmente a la víctima también en esta fase, con base en

¹⁸ El Voto particular al “Informe al anteproyecto de ley orgánica del estatuto de las víctimas del delito” (Consejo General del Poder Judicial, 2014, pp. 9-10), recoge un resumen de esta jurisprudencia.

el art. 3.10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981, en el art. 541.1 LOPJ (que se refiere a las víctimas como ciudadanos), y en los arts. 105, 108, 110 y, sobre todo, el art. 773.1, I LECRIM.

El derecho de participación de la víctima en la ejecución de la pena de alguna manera nos tenía que llegar, porque ha sido una de las luchas más importantes en los Estados Unidos de los movimientos a favor de las víctimas, y hasta que no se ha logrado no se ha cejado en su empeño (Gómez, 2014, pp. 103 y ss.). Pero no ha pasado en la línea que estamos exponiendo a los países europeos más importantes, como Alemania o Italia (Gómez, 2014, pp. 145 y ss. y 172 y ss.), ni es norma europea todavía, como hemos dicho. Llega ahora a España, único país de los estudiados en donde la ejecución de la pena forma parte del contenido de la función jurisdiccional (art. 117.3 CE), por lo tanto, en España, la ejecución de la pena es competencia de un juez.

Lo que se pretende con esta norma es que la víctima sea oída mediante la concesión de un derecho al recurso específico antes de que, en la ejecución de la pena impuesta al autor del delito que le causó los daños y perjuicios, se dicten resoluciones firmes que puedan afectar a sus derechos al favorecer al condenado o incluso ponerlo en libertad antes de tiempo o cuando proceda sin contraprestación alguna, lo que puede contribuir a su victimización o incluso significar un riesgo serio para su seguridad personal.

Una puesta en libertad antes de tiempo del condenado no ajustada a la ley, sin haber sido la víctima completamente reparada en los daños y perjuicios sufridos, podría afectarle también negativamente si no se prevé expresamente esta cuestión. Supone, por lo tanto, un cambio radical respecto a la Disposición Adicional 5ª LOPJ, modificada en 2003, que únicamente permite recurrir resoluciones en ejecución al condenado y al Ministerio Fiscal.

La base de partida es doble: en primer lugar, que la víctima pida expresamente ser notificada de las resoluciones señaladas en el art. 13.1; y, en segundo lugar, que la víctima anuncie el recurso al Secretario Judicial antes de interponerlo, en los términos del art. 13.1, c)-II, no siendo necesario Abogado para ello (art. 13.1, c)-III).

Las resoluciones concretas son, atendido el art. 13.1, a), las siguientes¹⁹:

¹⁹ El Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito (Consejo General del Poder Judicial, 2014, p. 37), pidió que se

En primer lugar, el auto del JVP que clasifica al penado en tercer grado, en los siguientes delitos: homicidio, aborto del artículo 144, lesiones, contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, robo cometido con violencia o intimidación, terrorismo y trata de seres humanos. En segundo lugar, el auto del JVP acordando que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, con los condicionantes expuestos en esta norma. Y, en tercer lugar, el auto del JVP por el que se conceda al penado la libertad condicional, en los casos fijados por esta norma.

Obsérvese que se trata de resoluciones únicamente del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Aunque en la ejecución española intervienen otros jueces que deciden, básicamente el tribunal sentenciador, esta norma no les es aplicable. Quizás por ello no se prevea el recurso contra la resolución de suspensión o de sustitución de las penas privativas de libertad (arts. 80, 81, 88 y 89 CP), porque es competencia del juez sentenciador. Pese a lo dicho, es importante advertir que el “Informe al anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito” (Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, 2013, p. 15) y el “Dictamen sobre el anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito” (Consejo de Estado, 2014, p. 20), no comparten esta exclusión.

No se ha incluido la propuesta de la FGE de que también se notificaran los cambios de segundo a tercer grado del penado, previo a su libertad condicional (Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, 2013, p. 16), dado el interés de la víctima de que no contribuya ello a adelantar la libertad condicional, que se presenta sin solución de continuidad.

La limitación a determinados delitos en el caso del auto del JVP que clasifica al penado en tercer grado no se explica fácilmente, pues aunque es claro que se trata siempre de delitos graves y que en ellos la víctima seguramente haya sufrido especialmente, el *numerus clausus* excluye en todo caso otros supuestos en que podrían darse las mismas explicaciones. La no inclusión específicamente de los delitos en materia de violencia de género es muy llamativa, salvo que se

ampliara la participación de la víctima en la ejecución pudiendo recurrir el auto suspensivo o sustitutivo de la pena privativa de libertad y cuando se decida la indemnización que le afecte.

considere que están incluidos en los de homicidio, lesiones o contra la libertad sexual. Pero pensamos también en delitos de tráfico en los que el conductor causante del homicidio iba bebido o drogado, o en delitos de fraude bancario masivo, ejemplos ambos tenidos en España recientemente con enorme repercusión social, y me resisto a creer que no estemos ante supuestos semejantes para la víctima supérstite o para los ciudadanos que han perdido todos sus ahorros.

Nos preguntamos, entonces, a la vista de estas objeciones, por qué el listado de delitos del art. 13.1, a) no coincide con el del art. 23.2, b). Sería todo mucho más fácil, dado que la gravedad del hecho y los perjuicios causados a la víctima se medirían por los mismos patrones. Tampoco es correcta la técnica de no referirse específicamente al delito regulado en un artículo concreto del Código Penal, porque la referencia a denominaciones de títulos legales de capítulos o a bienes protegidos en general puede plantear muchas dudas interpretativas.

Complementariamente, la víctima puede pedir en su recurso las medidas de protección necesarias para garantizar su seguridad si se ha decretado la libertad condicional del condenado, si éste lo ha sido por delito del que pueda inferirse ese peligro (art. 13.2, a). También puede proporcionar información al juez en su recurso para que tome la decisión más acertada a la hora de resolver en sede penitenciaria, las cuestiones a que se refiere el precepto. Esto recuerda claramente a las *Victim Impact Statements* norteamericanas, sólo que no se realizan en una vista oral, porque no está prevista, sino en un recurso escrito, y no influyen en la cuantía de la pena, porque ésta ya ha sido fijada en la sentencia, sino que pretenden tener incidencia en materia de beneficios penitenciarios (Gómez, 2014, pp. 103 y ss.).

El recurso puede ser o reforma, o apelación, o ambos a la vez, o incluso casación, dependiendo de las disposiciones de la LECRIM y de la Ley General Penitenciaria, y se tramita conforme a las mismas sin especialidad alguna, salvo el plazo (quizás demasiado amplio, por las razones antes indicadas, pues es de 15 días, art. 13.1, c) II PLEVict, lo que es innecesario si la víctima ha sido parte, y en todo caso, habría que homogeneizarlo con el plazo de 20 días del art. 636 LECRIM).

La ley no exige que la víctima haya sido parte en el proceso penal, lo que ha sido criticado ante la trascendencia del derecho que aquí

se le está otorgando específicamente (Consejo General del Poder Judicial, 2014 p. 36 y Consejo de Estado, 2014, p. 21), pues aunque no esté prohibido por la legislación actual, lo cierto es que en la práctica la víctima nunca interviene en la ejecución de las penas, dado que no se entera de su desarrollo porque no tiene ninguna posibilidad de enterarse. El problema que plantea este derecho de la víctima es que por un sector jurídico importante se entiende que se podría conseguir un efecto no deseado, y es la utilización del recurso por parte de la víctima para continuar, o incluso aumentar, en todo caso para seguir extendiendo su venganza personal contra quien le ha causado el daño.

Esta objeción, sensata y fundada, se obvia de dos formas: primera, la víctima no puede condicionar en ninguna forma la decisión penitenciaria que se adopte, por lo tanto, el juez es siempre quien tiene la última palabra; y, segunda, la rehabilitación social del condenado es independiente de la opinión de la víctima y además tiene protección constitucional (art. 25.2 CE) frente a todos, incluida la propia víctima. En mi opinión, si en la práctica se garantiza la aplicabilidad de estos razonamientos, las venganzas no tienen cabida jurídica alguna, aunque se deseen por la víctima.

También se objeta que, puesto que la ejecución de la pena es de competencia pública, por un juez como acabamos de ver, la intervención de la víctima privatiza en cierto sentido esta fase final del proceso penal porque se hacen valer sus intereses particulares, lo que puede poner en peligro los principios de rehabilitación y reinserción social del condenado, ya que la intervención de la víctima podría ser decisiva para retrasar esa vuelta a la normalidad de la persona que ya ha pagado su culpa. Se objeta, en otras palabras, que la víctima pueda interferir el monopolio estatal del derecho de penar²⁰.

Es fácil contestar a esta objeción, dado que no creemos que vuelva la privatización de la Justicia sólo por este tema. Creemos que la respuesta debe ser igual que en la objeción anterior y basarla en la competencia del juez para decidir, quien no puede dejarse influir por estas cuestiones. Si se aduce por la víctima riesgo para su

²⁰ Véase, el “Dictamen sobre el anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito” (Consejo de Estado, 2014, pp. 19- 20). El Consejo de Estado comete un grave error al considerar que la ejecución de la pena “no forma parte ya del proceso penal propiamente dicho”, ignorando el art. 117.3 CE, por eso debe leerse su opinión al respecto con mucha prevención en este punto.

seguridad, debe probarse para que el juez deniegue el beneficio, y ello no es privatizar la ejecución de la pena.

Por último, sorprende, y mucho, que tratándose de un recurso la ley excluya la necesidad de complementar su postulación. Al menos el abogado debería ser de obligada exigencia, porque lo es para todas las partes personadas atendido el art. 221 LECRIM. Una vez más, el noble deseo de facilitar a una persona el acceso a la Justicia lo es a costa de posibilitar que lo haga mal, por ignorar cómo hacerlo, dando un trabajo adicional a los jueces al tener que suplir sus seguras deficiencias, que no ayuda en nada a una sana práctica de esta ley. Justificar por qué está en peligro su seguridad como víctima puede ser bastante complicado. El abogado ayuda decisivamente a que ni siquiera llegue a los tribunales esa petición si no consigue justificarse en el estudio previo, y ayuda a que se estime el recurso si está justificada pero es difícil de articular, lo que es el caso casi siempre. La misma preocupación se advierte en el “Informe al anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito” (Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, 2013, p. 17) y el “Dictamen sobre el anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito” (Consejo de Estado, 2014, p. 21).

Derecho a presentar denuncias en España siendo extranjero por delito cometido en el extranjero.

Finalmente, el art. 17 PLEVict –que traspone el art. 17 de la Directiva 2012/29/UE– se dedica a las víctimas de delitos cometidos en otros estados miembros de la Unión Europea. No requiere de mayor comentario. Se trata de facilitar a esas víctimas que el delito sea perseguible en España, siguiendo a la Directiva 2012/29/UE, y si finalmente no puede ser perseguido en España, se remite al Estado en cuyo territorio se ha cometido el delito para que actúe.

Sea o no sea parte. Derecho de protección.

El PLEVict regula cuatro derechos de las víctimas, cuya característica común es que afectan su derecho a ser protegida, y se aplican tanto si la víctima decide no ser parte en el proceso penal, como si decide serlo. La preocupación máxima del PLEVict es establecer un derecho general de protección de la víctima, tanto si es parte en el proceso penal, como si va a serlo y todavía no lo es, como si nunca ha pensado en personarse, por lo tanto, válido sea o no sea parte, como antes hemos dicho.

La exposición de motivos realiza, en su apartado VII, unas reflexiones generales al respecto. Este derecho general de protección se manifiesta en cuatro modalidades: primero, el derecho a la protección física (art. 19); segundo, el derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor (art. 20); tercero, el derecho a protecciones específicas durante la fase de investigación del crimen (art. 21); y, cuarto, el derecho a la protección de la intimidad (art. 22).

Derecho a la protección física.

El primer derecho de las víctimas es el derecho a la protección, que es, obviamente, el que afecta con carácter general a la integridad física y psíquica, pero no solamente. Se regula en el art. 19 PLEVICT, el cual traspone el art. 18 de la Directiva 2012/29/UE. Se trata de una norma destinada a la Policía, a la Fiscalía y al Poder Judicial, pues establece con carácter general la obligación de estas autoridades de proteger: (a) la vida de la víctima y de sus familiares; (b) la integridad física y psíquica de la víctima; (c) su libertad; (d) su seguridad; (e) su libertad e indemnidad sexuales; (f) su intimidad; y (g) su dignidad.

Esta protección debe dispensarse especialmente cuando se reciba declaración a la víctima o a sus familiares, o cuando deba testificar en juicio. Su fin es obvio, a pesar de ello la ley nos dice que se pretende evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada.

Derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor.

El segundo derecho reconocido por el PLEVICT, es muy importante atendida la realidad práctica, pues se trata de evitar el contacto entre víctima e infractor. Se regula en el art. 20, que traspone el art. 19 de la Directiva 2012/29/UE. Está indicado en ciertos casos, sobre todo, cuando la víctima lo es de un delito provocado por la criminalidad organizada, especialmente por terroristas o mafiosos, o cuando la víctima lo es de un delito de naturaleza sexual, o cuando es víctima de la violencia de género, casos todos ellos en los que el contacto con su agresor puede significar para la víctima un peligro real de su vida e integridad física. Hay que relacionar esta disposición por tanto con la medida de protección del art. 25.1 a) PLEVICT.

La norma se refiere a evitar el contacto en dependencias, pero debería ser mucho más precisa, afectando a todos los locales y lugares donde tengan lugar actos orales en los que en situaciones normales

autor del delito y víctima coincidirían, y también a la preparación de los mismos y después de su finalización. Por tanto, debería darse en todos aquellos casos en los que una orden de alejamiento no pueda aplicarse y el peligro de contacto sea real.

Claro que, en el caso de que no existan tales dependencias aún, ¿qué hacemos? Pues cumplir el espíritu de la ley como sea, ubicando al agresor y a su víctima en despachos o salas diferentes, porque en mi opinión, si ello no se respeta, al no preverse sanción alguna para el responsable de que exista la sala, que no sabemos quién es, la norma carece de relevancia alguna, y la victimización secundaria para la víctima sería segura.

Derecho a protecciones específicas durante la fase de investigación del crimen.

El PLEVict establece unas protecciones específicas en el art. 21, bajo el título general de ‘Protección de la víctima durante la investigación penal’ que también traspone el art. 19 de la Directiva 2012/29/UE. Las protecciones que dispensa esta norma son lógicas. Nos llama la atención que puedan estar acompañadas, además de su abogado, por una persona de su elección (art. 21, c), medida muy positiva porque ésa es la persona en la que más se va a apoyar toda víctima que tenga que pasar por los diferentes trances judiciales, ya que se tratará de la persona con la que más confianza tenga. Lo que sorprende es que ese derecho pueda ser limitado ‘para garantizar el correcto desarrollo de la misma’. Al no darse causas de exclusión en la ley, no sabemos muy bien qué quiere decir la frase, ni imaginamos cómo puede interferir negativamente el acompañante, ya que ello perjudicaría sin duda a la víctima a la que acompaña. También destacamos el deseo legislativo de que la víctima declare el menor número de veces, cuanto antes, y, en definitiva, que como mucho con una exploración médica debe bastar.

Derecho a la protección de la intimidad.

Finalmente, se protege con carácter especial el derecho a la protección de la intimidad de la víctima en el art. 22 PLEVict; como los dos anteriores, traspone el art. 19 de la Directiva 2012/29/UE. La protección de la intimidad por las autoridades descritas en el precepto es específica para la víctima y sus familiares, por ello se centra básicamente en que su identidad no sea conocida. Si es una víctima normal la vulneración de la intimidad, siempre grave, puede

ser sin embargo menos perjudicial, pero si se trata de un menor de edad o de una persona discapacitada necesitada de especial protección, la vulneración de su intimidad puede ser letal, de ahí la especial referencia en el texto legal a esta cuestión.

Parece adecuado, como ha propuesto el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado (2013, p. 21), que no se difunda, ni a las demás partes ni a nadie, únicamente al órgano jurisdiccional, su domicilio y demás datos de interés que puedan hacer inútil esta norma, como su correo electrónico, red social, etc. Téngase en cuenta que hay un desarrollo específico de la protección de la intimidad en el propio PLEVict al reformar en su Disposición Final 2ª los arts. 681, 682 y 707 LECRIM, que comentamos *infra*.

Medidas de protección específicas de las víctimas vulnerables.

Las medidas de protección de las víctimas se fijan en los arts. 25 y 26 PLEVict. La ley distingue entre las medidas de protección aplicables a cualquier víctima y las medidas aplicables sólo a menores de edad y discapacitados, en su calidad de víctimas esencialmente vulnerables con evaluación positiva favorable a una protección especial.

Las primeras, esto es, las medidas de protección aplicables a cualquier víctima se regulan en el art. 25 PLEVict, cuya inclusión supone la trasposición del art. 23 de la Directiva 2012/29/UE, teniendo en cuenta la compatibilidad expresa con otras medidas específicamente aprobadas para víctimas concretas, como las medidas de protección de las víctimas de la violencia de género previstas en los arts. 61 y ss. (Ley Ordinaria 1 de 2004).

Las medidas son por sí mismas claras. La ley distingue entre las fases de investigación y la de enjuiciamiento: para la de investigación, la toma de declaraciones debe realizarse en lugares especialmente diseñados, por la misma persona, que puede no ser el juez o el fiscal, sino un profesional con formación especial, y en determinados casos (delitos de violencia de género y libertad o indemnidad sexual) del mismo sexo.

Para la de enjuiciamiento, y también en resumen, medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el agresor, para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima salvo que el juez o el tribunal dispongan lo contrario, y celebración de la vista oral sin presencia de público, aunque sí

pueden estar presentes personas que acrediten un especial interés en la causa.

Las medidas relativas a evitar preguntas sobre su vida privada y ausencia de público en la vista también podrán ser adoptadas durante la fase de investigación (art. 25.2, d)-II PLEVICT), en tanto sean aplicables, se supone.

No sabemos quiénes son las personas que pueden acreditar un especial interés en la causa para que no se les aplique la exclusión de la publicidad del juicio oral o de la vista. Podemos pensar en aquella persona de su elección que la puede acompañar y que no es su abogado (art. 4, c) PLEVICT), pero dada la amplitud de la expresión, también podría ser la Administración, un profesional o un particular, relacionado con la víctima o no. Demasiado genérico, vale la pena precisar, pensando, claro en excluir a aquéllos que al asistir pueden perjudicar a la víctima. El "Dictamen sobre el anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito" llama la atención sobre este problema (Consejo de Estado, 2014, p. 22).

Si la víctima comparece como testigo, puede adoptarse, además, alguna de las medidas previstas en el art. 2 de la Ley Ordinaria 19 de 1994 (art. 25.3), a saber, las tres siguientes: Que no consten en las diligencias que se practiquen, su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para esta un número o cualquier otra clave. Así mismo, que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal; y, que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

Debe entenderse, finalmente, que el concepto de víctima que se emplea aquí es tanto el directo como el indirecto del art. 2 PLEVICT, para que incluya a los familiares en los casos en los que las disposiciones del art. 25 les sean de aplicación. No habría estado de más, como ha propuesto el Consejo de Estado (2014, p. 22), que se dijera expresamente. Ello habría respetado mejor la Directiva 2012/29/UE.

Las segundas, o sea las medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección que

sean víctimas de un delito, a efectos de garantizar su máxima protección, sobre todo frente a los peligros que entraña su declaración, se regulan en el art. 26, que traspone el art. 24 de la Directiva 2012/29/UE, y que debe relacionarse con los arts. 433 y 448, III LECRIM, también reformados por el PLEVict.

En resumen, las declaraciones de estas víctimas especialmente vulnerables serán grabadas (pudiendo ser reproducidas en el juicio) y tomadas por expertos (art. 26.1). Se intenta evitar que declaren en el juicio oral, reproduciéndose en él la prueba preconstituida, lo que por un lado evita una segura victimización secundaria, pero, por otro, entraña ciertamente si es regla general, un riesgo de vulneración de los derechos constitucionales del acusado al negarse así la debida confrontación que produce la inmediación. Con ciertos límites, se admiten jurisprudencialmente estas restricciones constitucionales a favor de la víctima menor de edad (TJUE, Pupino vs Italia, 2005 y TS Sentencia 290 de 2012, RJ 2012\5759, entre otras).

Además, se le nombrará por el juez de instrucción –o por el juez de menores, aunque no lo diga la ley (Consejo General del Poder Judicial, 2014, p. 45.)– un defensor judicial a instancias del Ministerio Público, si la víctima tiene conflicto con sus representantes legales, o con uno de ellos no estando en condiciones el otro de asumir la representación legal, y si no está acompañada o se encuentra separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargo tutelar (art. 26.2).

Particularmente, en cuanto a los menores de edad víctimas de delito contra la libertad o indemnidad sexual, se les protegerá mediante las mismas medidas que a cualquier víctima en la fase de investigación previstas en el art. 25.1, con excepción de toma de declaración por persona del mismo sexo (art. 23.3 PLEVict, apartado que no debería figurar en este precepto, sino en el art. 26). Finalmente, todas las medidas de protección acordadas con base en los arts. 25 y 26 son renunciables por la víctima (art. 24.2, II PLEVict, precepto que igualmente estaría mejor ubicado o en el art. 25 o en el art. 26).

Por otra parte, la especial protección es un criterio jurídico que debe ser valorado específicamente. No es un criterio general aplicable únicamente por ser una víctima incardinada en un grupo concreto de seres desfavorecidos. Por lo tanto, cada víctima tiene que ser sometida a un análisis personal, familiar, laboral y de entorno social, antes de que se le pueda aplicar una medida de

protección específica de las recogidas en los arts. 25 y 26, acabadas de analizar.

Ese análisis se regula mediante reglas específicas, consistentes básicamente en la necesidad de que la víctima sea sometida previamente a un procedimiento de evaluación, cuyo resultado determinará sus necesidades especiales de protección o las rechazará. Se regula en los arts. 23 y 24.

El procedimiento de evaluación: se establece en el art. 23, que traspone el art. 22 de la Directiva 2012/29/UE, es individual y su fin es determinar las necesidades especiales de protección de determinadas víctimas. Es un precepto importante porque nos da una idea, incompleta²¹ pero aproximada, de qué víctimas son para el legislador especialmente vulnerables, en función de la consideración de sus características personales, la naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios causados, considerando particularmente siete delitos muy graves, y las circunstancias del delito, especialmente si es violento.

La competencia y procedimiento de evaluación se regulan en el art. 24, el cual constituye una trasposición de varios preceptos (arts. 1.2, 8.1 y 3, 22.6 y 7) de la Directiva 2012/2/UE, que requerirá de desarrollo reglamentario. La medida la valora por regla general el juez competente para la instrucción durante la fase de investigación, y el juez o tribunal competente para el juicio oral, y también por el fiscal en los procesos en que sea competente para instruir, decretándose mediante auto, siempre actualizable.

Derechos procesales no penales

El PLEVict regula un derecho procesal civil, la devolución de bienes incautados en el proceso penal a la víctima que sea su propietaria, tanto si ha sido parte como si no (art. 18), que traspone

²¹ El “Informe al anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito” (Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, 2013, p. 21); y el “Informe al Anteproyecto de ley orgánica del estatuto de las víctimas del delito” (Consejo General del Poder Judicial, 2014, pp. 42-43), pidieron, sin éxito alguno, que se incluyeran los delitos de homicidios, lesiones graves y los de detenciones ilegales y secuestros, porque podrían ser incluidos en las desapariciones forzosas. El “Dictamen sobre el anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito” (Consejo de Estado, 2014, p. 22), les apoya.

el art. 15 de la Directiva 2012/29/UE. Podría haber regulado más, por ejemplo, establecer un baremo específico de daños teniendo en cuenta la vulnerabilidad de la víctima en función de la agresión, a efectos de fijación de la indemnización económica concreta e igual para todos, pero no lo ha hecho. Sorprendentemente, en España el valor de las víctimas es desigual: las víctimas de la violencia de género perciben indemnizaciones diez veces menor a la de las víctimas del terrorismo (El País, 2014, p. 18).

Si es parte en el proceso penal es un derecho superfluo, porque ya está regulado en el art. 2.4ª, C) del Real Decreto 2783 de 1976, sobre conservación y destino de piezas de convicción, con base en los arts. 334, 338 y 770.3 LECRIM, aunque ahora es mucho más claro y tiene rango de ley. Por lo tanto, es más bien aplicable a cuando la víctima no es parte o todavía no lo es. Obviamente, la víctima tiene que demostrar que es la propietaria del bien o bienes para obtener su restitución sin demora. Puede imponérsele una obligación de conservación de los mismos, para que estén disponibles si el juez o el tribunal los reclaman.

Pero lo importante es que ese derecho puede ser denegado en uno de estos dos casos: primero, si el bien es imprescindible que permanezca a disposición del juzgado o tribunal a efectos de un correcto desarrollo del proceso penal (art. 18, II); o, segundo, si la conservación del bien en el proceso es necesario por investigarse técnicamente un accidente, se supone que en un proceso penal por delito contra la seguridad vial, aunque la ley no lo dice (art. 18, III). Hay que estar, finalmente, a lo dispuesto en los arts. 284 y 334 LECRIM, modificados por la Disposición Final 2ª del PLEVICT. El art. 334 regula además el recurso que debe caber al prever el art. 18 una denegación del derecho. Quizás por ello debería haberse llevado este art. 18 a la LECRIM y no estar ubicado aquí.

Referencias

- Armengot, A. (2014). La incorporación de la mediación en el proceso penal español. *La Ley penal*, (106), 7.
- Barona, S. (1999). *Solución extrajudicial de conflictos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barona, S. (2009). *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Barona, S. (2010). El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España. En J. Tamarit (Ed.), *Víctimas olvidadas* (pp. 229-254). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cancio, M. (1998). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.
- Castillejo, R. y Benavente, M. A. (2011). *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*. Madrid: La Ley.
- Cervelló, V. (2013). Principios y garantías de la mediación penal desde el enfoque resocializador y victimológico. *Revista Penal*, (31), 22-51.
- Consejo de Europa. Comité de Ministros de los Estados miembros sobre asistencia a víctimas del delito *Recomendación 8 de 2006*. Recuperado de <http://es.slideshare.net/mariadaza3958/recomendacin-2006-8-ctmtros-consejo-de-europa-traduccin>.
- De Vicente, J. (1997). La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: Posibilidades actuales y perspectivas de futuro. En J. M. Silva (Ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal* (pp. 173-206). Barcelona: Bosch.
- Estrasburgo. Directiva 64 de 2010. Relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales. Diario oficial DO I. 280/1. Parlamento Europeo y Consejo de las Comunidades Europeas, octubre de 2010. Recuperado de http://www.eulita.eu/sites/default/files/directive_es.pdf
- Estrasburgo. Directiva 29 de 2012. Por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo. Diario oficial DOI. 315/57. Parlamento Europeo y Consejo de las Comunidades Europeas, octubre de 2012. Recuperado de <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>.
- Estrasburgo. Directiva 13 de 2012. Relativa al derecho a la información en los procesos penales, Diario oficial DO I. 142/1. Parlamento Europeo y Consejo de las Comunidades Europeas, mayo de 2012. Recuperado de <https://www.boe.es/doue/2012/142/L00001-00010.pdf>
- Fairén, V. (1992). Derecho Presente y Futuro II Tendencias actuales del Derecho Procesal Penal. En V. Fairén (Ed.), *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional. III: La reforma procesal penal 1988-1992*. Madrid: Edersa.
- Fernández, M. D. (2004). *La intervención de la víctima en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ferreiro, X. (2005). *La víctima en el proceso penal*. Madrid: La Ley.

- Galain, P. (2010). *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Garcandía, P. M. (2012). La regulación de la mediación penal en España: Opciones legislativas y contenidos mínimos. En J. L. Gómez, S. Barona & M. P. Calderón (Eds.), *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango* (pp. 1005-1032). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (1996). El nuevo régimen del beneficio de la asistencia jurídica gratuita. *La Ley*, (2), 1579-1587.
- Gómez, J. L. (2014). *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzandi.
- Gómez, J. L. (2015). Notas sobre la justicia procesal (alternativa, negociada, transaccional, restaurativa o reparadora). Un nuevo subsistema de Justicia para aliviar al sistema de Justicia Judicial. En R. Castillejo, M. J. Sande, & T. C. Torrado (Eds.), *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la ley orgánica 1/2004* (pp. 169-200). Santiago: Universidad Santiago de Compostela.
- Quintero, G. (2011). Sobre la mediación y la conciliación en el sistema penal español: situación y perspectivas de futuro. En R. Castillejo Manzanares, & M. Á. Catalina Benavente (Eds.), *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*. Madrid: La Ley.
- Reino de España. Proyecto de ley ordinaria 115-1 de 2014. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, septiembre de 2014.
- Reino de España. Real Decreto 2783 de 1976. Sobre conservación y destino de piezas de convicción. BOE No. 294. Ministerior de la Presidencia, octubre de 1976.
- Reino de España. Ley Ordinaria 19 de 1994. De Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales. BOE No. 307. Congreso de los Diputados, diciembre de 1994.
- Reino de España. Ley 35 de 1995. De ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. BOE No. 296. Ministerio de la Presidencia, diciembre de 1995.
- Reino de España. Ley 1 de 1996. De asistencia jurídica gratuita. BOE No. 11. Ministerio de la Presidencia, enero de 1996.
- Reino de España. Ley Orgánica 5 de 2000. Reguladora de la responsabilidad penal de menores. BOE No. 11. Ministerio de la Presidencia, enero de 2000.
- Reino de España. Real Decreto 658 de 2001. Estatuto General de la Abogacía Española. BOE No. 164. Ministerio de la Presidencia, junio de 2001.

- Reino de España. Ley Orgánica 1 de 2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE No. 313. Ministerio de la Presidencia, diciembre de 2014.
- Reino de España. Ley 29 de 2011, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. BOE No. 229. Ministerio de la Presidencia, Septiembre de 2011.
- Reino de España. Ley 5 de 2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE No. 162. Ministerio de la Presidencia, julio de 2012.
- Reino de España. Consejo Fiscal Fiscalía General del Estado (2013). *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*.
- Reino de España. Consejo de Estado. (2014) *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito (Documento CE-D 2014-360)*. Ministerio de la Presidencia. Recuperado de <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-360>
- Reino de España. Consejo General del Poder Judicial (2014). *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito*. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-del-Estatuto-de-las-Victimas-del-delito>
- Reino de España. Sentencia 71 (1988, abril 19). Tribunal Constitucional de España.
- Reino de España. Sentencia 12 (2011, febrero 2) (RJ\2011\324). Tribunal Supremo Español.
- Reino de España. Sentencia 290 (2012) (RJ\2012\9869). Tribunal Supremo Español.
- Reino de España. Sentencia 783 (2012, octubre 25) (RJ\2012\9869). Tribunal Supremo Español.
- De Hoyos, M. (2014). Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español. *Revista General de Derecho Procesal*, (34),1 y ss.
- Kamasinski vs. Austria. (1989, diciembre 19). Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Pupino vs. Italia. (2005, junio 16). Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- Silva, J. (1993). La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales

sobre la «victimo-dogmática» (pp. 11-52). En *La Victimología*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial.

Tamarit, J. (1994). *La reparación de la víctima en el Derecho Penal (estudio y crítica de las nuevas tendencias políticos-criminales)*. Barcelona: CEJIFE G. Catalunya y F. Jaume Callís.

Varona, G. (2000). Justicia criminal a través de procesos de mediación: una introducción (pp. 37-56). En *Las víctimas en el proceso penal*. Universidad del País Vasco.

Varona, G. (2011). La justicia restaurativa y la mediación penal. En I. Olaizola Nogales, & P. Francés Lecumberri (Eds.), *Jornadas de Justicia Restaurativa*. Universidad Pública de Navarra.

La inmunidad y el principio de oportunidad en el proceso penal*

*Ana Carolina Navarro Navajas***

Resumen

El trabajo contiene una serie de consideraciones sobre la causal quinta del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal colombiano con las cuales se pretende, además de precisar el estado del arte sobre la figura de la inmunidad y de las consecuencias jurídicas derivadas de su aplicación, ampliar el horizonte de su interpretación. Para ello, se analizan los criterios jurídicos que conducen a la concesión de la inmunidad total o parcial al imputado o al acusado cuando testimonia dentro de un proceso penal.

Palabras clave

Sistema penal acusatorio, principio de legalidad, inmunidad, principio de oportunidad.

* Artículo de reflexión resultado del trabajo de grado para optar al título de magíster en Derecho, Línea de Investigación en Derecho Procesal Penal, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia). El trabajo fue confeccionado bajo la dirección del Dr. Juan Carlos Forero Ramírez.

** Abogada de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Comercial y Contractual de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho, Línea de Investigación en Derecho Procesal Penal, Universidad Sergio Arboleda.

Immunity and the Principle of Opportunity in Criminal Proceedings

Abstract

The article contains a number of considerations on the Causal Fifth of Article 324 of the Colombian Code of Criminal Procedure which intend, besides clarifying the state of the art on the figure of immunity and the legal consequences of its application, to extend the horizon of interpretation. To do so, the legal criteria that lead to the granting of full or partial immunity to the accused or the defendant when testifying in a criminal process are analyzed.

Keywords

Accusatory penal system, rule of law, immunity, principle of opportunity.

Introducción

Una de las características del Estado social y democrático de derecho es la defensa y lucha por el establecimiento de las libertades de los individuos, entre ellas las garantías que tiene un detenido para acogerse a los derechos que le otorga el hipotético *status* de inmunidad. La extensa bibliografía relativa al principio de oportunidad indica que este es una excepción al principio de legalidad (González, 2006, p. 417). No obstante, en Colombia no existe un desarrollo jurisprudencial en lo concerniente al régimen de la inmunidad, dado que el Código de Procedimiento Penal únicamente se limita a señalar en el art. 324 que si el acusado o el imputado sirven como testigos, se les brindará inmunidad total o parcial. De ahí la necesidad de acudir a la doctrina extranjera, en especial, a la norteamericana, para analizar el concepto y el alcance de la inmunidad en el proceso penal.

En este mismo sentido, también es pertinente examinar la posibilidad de implementar en el derecho positivo la figura de la inmunidad teniendo en cuenta los desarrollos legales de la jurisprudencia norteamericana y de las modalidades allí empleadas, trátese de la *transactional, use y derivative immunity* (Gardner & Anderson's, 2014), indistintamente, y a las cuales corresponden consecuencias procesales diferentes.

De acuerdo con Barabara, Morrison y Cunningham, citados por Rodríguez (1997, p. 109), en el sistema adversarial norteamericano lo usual es que muy pocos procesos penales terminen en juicio, este procedimiento se orienta más a facilitar negociaciones conjuntas con la Fiscalía que a culminar un caso en los estrados judiciales. La práctica jurídica anglosajona parte de la premisa de que la eficiencia de un sistema no se ve reflejada necesariamente por la cantidad de condenas intramurales, por eso, es bueno precisarlo, la aplicación de figuras como la inmunidad de los testigos y las negociaciones de culpabilidad cobran tanta importancia. En torno a esta cuestión se ha dicho que como las negociaciones en el proceso penal han terminado por convertirse en el modo habitual de terminación del mismo (el acuerdo se ha tornado en la regla y el juicio en la excepción), ello “representa que la discrecionalidad es tan alta por parte de la Fiscalía, que se decide con antelación evitar un proceso penal” (Rodríguez, 1997).

Por estas razones, el problema jurídico a resolver mediante este texto se centra en responder a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son la naturaleza y el alcance de la inmunidad del acusado cuando obra como testigo dentro de un proceso penal? Para hacerlo es indispensable establecer el significado del concepto de inmunidad; y evaluar en qué momento el acusado, a partir de su testimonio, puede ser beneficiado con esta figura, ya sea total o parcialmente, en el marco de la aplicación del principio de oportunidad.

La importancia de esta investigación estriba en que el principio de oportunidad es una institución relativamente nueva en el ordenamiento jurídico colombiano y, a pesar de algunas directivas generadas desde la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que existen causales cuya regulación o desarrollo han sido escasos (Gómez, 2006, p. 255). En especial, se hace referencia a la causal quinta del principio de oportunidad diciendo que “[e]lla es, por excelencia, una de las que requiere desarrollo normativo a través del concepto que emita el Consejo Nacional de Política Criminal y reglamentación por parte de la Fiscalía General de la Nación, toda vez que la figura de la inmunidad no aparece regulada en el CPP” (Gómez, 2006).

Desde el punto de vista metodológico, esta investigación es de tipo documental y hermenéutico. Para ello, se parte del análisis de los conceptos de principio de oportunidad, legalidad e inmunidad. Posteriormente, se indaga acerca del concepto de inmunidad en el derecho norteamericano para realizar, finalmente, un examen detallado de la naturaleza y del alcance de esta figura en Colombia.

Se produce, pues, en primer lugar, un acercamiento a la problemática de la inmunidad para destacar la importancia de la figura del principio de oportunidad en relación con la causal quinta en Colombia, como también para analizar las consecuencias dentro del margen del principio de legalidad e inmunidad, a partir de la Ley 1312 de 2009. En segundo lugar, se determina el régimen de la inmunidad en el derecho norteamericano, acudiendo a la doctrina y la jurisprudencia de algunos estados federales que la aplican con frecuencia, en relación con los asuntos sometidos a su conocimiento. Finalmente, en tercer lugar, se cuestionan la naturaleza y el alcance de la inmunidad en Colombia, desde sus puntos más críticos.

La relación entre los principios de oportunidad, legalidad e inmunidad

La doctrina señala que el principio de oportunidad es una excepción al de legalidad (Góngora, 2014), o que se opone al principio de obligatoriedad (Velásquez, 2009, p. 131), manifestándose como una potestad discrecional (Marienhoff, 1990, p. 413) en el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación que faculta al ente acusador para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la misma, cuando lo considere conveniente y esté acorde con el interés público.

En Colombia, cuando el legislador opta por contemplar la institución del principio (Dworkin, 1977, p. 72) de oportunidad, la concibe como un instrumento reglado (Corte Constitucional, Sentencia C-095, 2007), no como una facultad totalmente discrecional por parte del ente acusador, sometida siempre a un examen material y sustancial por parte de un juez de control garantías (Urbano, 2006), justificando la procedencia de alguna de las diecisiete causales previstas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal (Ley 1312 de 2009).

El legislador consagró dieciséis causales que permiten aplicar el principio de oportunidad; sin embargo, con la implementación de la Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, se introdujo, en el artículo 40, una nueva relacionada con el principio de oportunidad en los casos de cohecho (Congreso de la República, Ley 1312 de 2009).

En la sentencia C-095 de 2007 se explica muy bien la razón por la cual se ha optado por regular esa discrecionalidad de la Fiscalía en estas materias:

[e]l Acto Legislativo 03 de 2002 concibe un principio de oportunidad reglado, es decir, que al momento de aplicarlo para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, lo podrá ser solo con fundamento en alguna de las causales expresamente señaladas por el legislador, con el debido control de la legalidad ante un juez de control de garantías (C-095 de 2007).

Lo curioso de este asunto es que al redactar la causal quinta del principio de oportunidad (art. 324) (Congreso de la Republica, Ley 906, 2004), el legislador ni siquiera hace un esfuerzo por definir qué se debe entender por inmunidad, como hubiera sido deseable ante la inexistencia de un desarrollo jurisprudencial en relación con el tema (Mir, 1994, p. 20). No se entiende, entonces, la razón por la cual si es una institución supuestamente reglada y de gran importancia para desarticular bandas de crimen organizado o lograr la incriminación de autores de conductas punibles, se le otorga tanta amplitud al ente acusador para disponer si concede al imputado que obra como testigo de cargo una inmunidad total o parcial, sin determinar el alcance de la misma.

La causal quinta del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, señala que el principio de oportunidad se aplicará

[c]uando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo la inmunidad total o parcial. En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo, hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio (Ley 906 de 2004).

Otro gran vacío legislativo en la redacción del texto es que no determina si la inmunidad suspende o interrumpe el ejercicio de la acción penal. Solo se advierte que la aplicación del principio de oportunidad se suspende hasta cuando el testigo cumpla con realizar su declaración en juicio. Con lo cual, a nuestro juicio, se confunden las figuras de la suspensión (que en la filosofía del Código está enmarcada más dentro de la justicia restaurativa) con la interrupción, que no atiende tanto a necesidades de la víctima como a las del proceso. Frente a ello, conviene establecer una definición del concepto de inmunidad que dé lugar al esclarecimiento de las diferencias existentes entre suspensión e interrupción del principio de oportunidad, y que precise las modalidades que deben usarse al momento de aplicar dicho instituto.

Ante la ausencia de definiciones en el Código, dentro del pliego de modificaciones a la ponencia para primer debate al proyecto de Ley 126 de 2013, por la cual se modifica la Ley 906 de 2004, se propone pactar la inmunidad total o parcial con la Fiscalía cuando la persona colabore eficazmente con la justicia. A su vez, en su parágrafo sexto se puntualiza el concepto de inmunidad así:

[s]e entiende por inmunidad la renuncia que la Fiscalía General de la Nación hace a la persecución penal del procesado que colabora con la justicia respecto de los hechos determinados que tengan las características de delito, en los que haya sido autor, interviniente o partícipe y en los que como consecuencia de dicha colaboración, exista la posibilidad de autoincriminación (Proyecto de Ley 126 de 2013).

Si se parte de esa definición de inmunidad, debe decirse que lo buscado es aplicar una de las modalidades del principio de oportunidad que es, precisamente, la renuncia a la persecución penal por parte de la Fiscalía, y no debería ser así, dado que identifica ese instituto solo con la idea de renuncia y olvida la interrupción que es otro plazo procesal consistente en la colaboración por parte del imputado o acusado a declarar, mientras que el ente acusador puede renunciar a la acción penal sin que exista necesariamente una colaboración por parte del inculcado (Ley 1312 de 2009).

A raíz de lo anterior, es más atinada la idea que opta por considerar a la inmunidad como un amparo para el procesado que decide voluntariamente renunciar a su privilegio de no autoincriminarse para delatar a sus compañeros delictuales, a cambio de exonerarse de la persecución penal total o parcial en relación con los delitos cometidos, como debiera hacerse.

En este orden de ideas, ante el vacío legislativo, el Código de Procedimiento Penal no especifica si al aplicar la figura de la inmunidad se trata de una renuncia, una suspensión o una interrupción del principio de oportunidad (Ley 1312 de 2009). En el proyecto de reforma al Código Procesal Penal en curso se encuentra una definición de inmunidad en la que se opta por la renuncia a la persecución penal, que es inconclusa y poco práctica. La renuncia, la suspensión o la interrupción son modalidades de aplicación del principio de oportunidad, cada una de ellas con consecuencias jurídicas muy distintas. Al respecto, recuérdese que la Resolución 006657 expedida por la Fiscalía General de la Nación, en el artículo sexto, señala que la interrupción es un fenómeno transitorio diferente a la suspensión, precisamente por su brevedad y porque afecta solamente el trámite de la actuación sin perjuicio que pueda originar la suspensión del procedimiento a prueba o la renuncia a la persecución penal (Fiscalía General de la Nación, 2004).

En relación con la reglamentación para la aplicación del principio de oportunidad, se señala:

[la] suspensión y la interrupción de la acción penal son actos preparatorios de la decisión final de renuncia, única vía que conduce a la extinción de la acción penal. De acuerdo con la naturaleza de cada una de las causales de aplicación del principio de oportunidad, se ordenará la interrupción cuando decaigan los presupuestos sustanciales para continuar el ejercicio de la acción penal. Se decretará la suspensión cuando la decisión de un caso incide notoriamente en la del otro (Fiscalía General de la Nación).

Como es obvio la definición contenida en la citada Resolución no se ajusta a las necesidades reales porque, según ella, la diferencia resulta del factor temporal cuando, precisamente, no define el contenido esencial de lo que se distingue en ambas figuras. Por ello, señala Forero (2013) que las semejanzas entre suspensión e interrupción consisten en que, primero, ambas figuras implican una paralización del proceso lo cual impide que no corra el término de prescripción de la acción penal; segundo, su duración no puede ser superior a tres años, término expresamente previsto para la suspensión y se aplica analógicamente para la interrupción. Y, tercero, las dos instituciones requieren control por parte del juez de garantías y no extinguen la acción penal (p. 173).

De ahí que, según el autor citado, la diferencia entre los institutos de la suspensión y la interrupción se centra en que en la suspensión el imputado debe cumplir las obligaciones (a favor de la víctima y la comunidad) consagradas en el artículo 326 del CPP y se encuentra dentro del marco de la justicia restaurativa; al tiempo que la interrupción se lleva a cabo por razones de conveniencia procesal y puede implicar para el imputado compromisos como el de declarar contra los demás intervinientes en la audiencia, en la forma que aparece en el artículo 324 numeral 5 (Forero, 2013). En el mismo sentido, debe decirse que la causal quinta hace referencia a la interrupción del proceso mientras se desarrolla el interrogatorio del procesado y se hacen las averiguaciones pertinentes. Con posterioridad, cuando el imputado sirva efectivamente como testigo, sí habría lugar a renunciar a la acción penal por parte de la Fiscalía.

Por supuesto, al aplicar el principio de oportunidad bajo la modalidad de otorgar inmunidad no se puede renunciar a la persecución penal¹, sin saber cuál será el beneficio que para la justicia

¹ Para Maier (2003), los órganos que tienen la obligación de ejercer la acción penal desisten de perseguir un determinado hecho punible por razones político criminales (p. 75).

otorga el testimonio del procesado; eso, adviértase, sería como aplicar el premio de extinguir la facultad del Estado de investigar el delito sin tener la certeza de que va a vincular a otros procesados y si, efectivamente, el amparado va a declarar en juicio.

Con la aplicación del principio de oportunidad se desea que, en realidad, exista un compromiso serio de colaboración con la justicia por parte del imputado o acusado que sirve como testigo, generando efectos positivos en la sociedad; por ello, se ha dicho que se trata del

[r]econocimiento de una diversidad de estructuras en el proceso penal, una para la criminalidad grave, a la que se deben dar soluciones que pasen por el reconocimiento y la clarificación del conflicto y otro para la pequeña criminalidad, estableciendo desde el principio de legalidad soluciones de consenso, manifestaciones de un principio mitigado de oportunidad que como una intervención lo más moderada posible para reconciliar al delincuente con la comunidad. Por estas razones toda pena tiene que configurarse de tal modo que pueda tener un efecto resocializador siempre que sea posible (Rodríguez, 1997, p. 55).

Así las cosas, para concluir este acápite, se debe llamar la atención porque frente a la carencia de precisión conceptual en torno al alcance de los institutos en estudio los doctrinantes optan por concertar tesis que en principio se oponen entre sí. La confrontación consiste en que, de un lado, se tiene la postura según la cual se realza la importancia de investigar todas las conductas delictuales en aras de la prevalencia del principio de legalidad como la esencia de la administración pública y de los poderes del Estado (Pombo y Camacho, p. 69), y, de otro lado, aparece la figura de la inmunidad que, dentro del marco de la oportunidad, permite hacer más eficiente el sistema penal y lograr su descongestión (Espitia, 2010, p. 143). Es errado, pues, tratar de determinar cuál tesis debe prevalecer sobre la otra, pero lo que sí se puede intentar es realizar un esfuerzo por armonizarlas a la hora de analizar específicamente las características básicas de la inmunidad que, como se ha mencionado con anterioridad, es un mecanismo novedoso en nuestro medio y con muy poco desarrollo jurisprudencial y doctrinal.

La inmunidad en los Estados Unidos de América

Resulta por demás necesario examinar la doctrina estadounidense, especialmente en lo concerniente a los desarrollos legales sobre el tema

de la inmunidad. En efecto, la Quinta Enmienda de la Constitución de dicha nación expone claramente el privilegio de cualquier persona a no autoincriminarse y a no testificar en contra de sí mismo, es decir, el ciudadano no está obligado a ofrecer ningún tipo de evidencia que lo exponga a una acción penal o a una sanción; reza en efecto:

Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le forzará a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización (Constitución de los Estados Unidos de América, 1787).

La decisión de una persona de testificar o guardar silencio, tiene que ser una consecuencia de su propia voluntad y no puede obedecer a amenazas o a sanciones (Falum & Carr, 1972, p. 325), esa es una de las manifestaciones esenciales del sistema adversarial y, por eso, el órgano acusador, como representante del Estado, debe respetar esa decisión individual y autónoma de los procesados. Además, es necesario precisar que el privilegio de no autoincriminarse se puede hacer valer en cualquier procedimiento, ya sea civil, penal o administrativo, en respuesta a cualquier pregunta en la cual el testigo crea que su respuesta puede ser autoincriminatoria (Falum & Carr, 1972, p. 325). En definitiva, la decisión de testificar o de guardar silencio debe obedecer únicamente a la propia voluntad del acusado.

Sin embargo, la voluntad del acusado de apartarse de ese privilegio a cambio de una inmunidad tiene sus inicios mucho antes de que fuera consagrada en la Constitución de Estados Unidos (Wayne, Jerold., King & Orin, 2013, p. 1); en efecto, el Estado otorgaba una *indemnity* al responsable para evitar la persecución penal, lo que constituiría el primer paso para regular el procedimiento de la inmunidad. Una práctica similar tuvo lugar en las colonias y luego en los estados.

No obstante, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha concluido que la Quinta Enmienda no debe interpretarse literal y exegéticamente, pues si eso fuera así el testigo jamás declarararía sobre

algún hecho que lo delatara o le fuera desfavorable; precisamente, el objetivo principal del privilegio a lo largo de los años fue que el testigo no se escudara en que estaba siendo obligado a autoincriminarse (Wayne *et al.*, 2013, p. 2). Luego, en una decisión posterior, la Corte dijo que cuando el testigo declarara también debía protegerse con inmunidad a ese delator del Estado y evitarle ser perseguido por la Fiscalía. Sin embargo, la ley no imposibilitaba el uso de ese testimonio para buscar otro que sería usado como evidencia en contra del declarante, por lo que ello se convirtió en un aspecto desfavorable que no liberaba al testigo de futuras investigaciones como consecuencia de lo que declaró (Amar & Lettow, 1995).

Debido a esa falta de protección, la Corte Suprema determinó que únicamente era válida la inmunidad absoluta contra un futuro enjuiciamiento penal y, por eso, el Congreso junto con otros estados federales adoptaron un nuevo estatuto de inmunidad, donde se desarrolló la inmunidad transaccional, acorde con la cual no se podría usar el testimonio de ese deponente en contra del declarante ni las pruebas que se derivaran de su declaración (Wayne *et al.*, 2013, p. 2).

Así las cosas, la inmunidad transaccional o total es una figura en cuya virtud se permite llevar a juicio el testimonio de una persona que, a pesar de suministrar datos donde se evidencie su participación en la comisión de la conducta punible, puede colaborar para brindar información interesante para la justicia; en tal caso, el Estado queda imposibilitado para utilizar dicha información en contra del deponente. Es por eso que la figura de la inmunidad permite armonizar dos intereses constitucionalmente relevantes: “el esclarecimiento de un delito en especial y la protección del derecho a la no autoincriminación” (Bedoya, 2008, p. 160).

En otras decisiones se han establecido dos limitaciones a la inmunidad transaccional: la primera, consistía en que si el testigo introducía un testimonio falso debía a ser procesado por perjurio (Glickstein *vs.* United States, 222 U.S. 139, 32 S. Ct. 71.56 L., 1911); y, la segunda, radicaba en que el declarante no se podía escudar en que todos sus actos delictivos cometidos con anterioridad a la información que estaba brindando quedaban amparados bajo la inmunidad, solo por incluirlos en el caso concreto en el cual se le pidió y quiso testificar: “*witness receiving immunity unless... such evidence is volunteered by the witness or is gratuitously given or volunteered*” (N.Y. Crim. Proc. Law 190.40). Por ello, el Congreso estadounidense

estableció la inmunidad transaccional con la prohibición de usar el testimonio o la información derivada del mismo en contra del testigo en casos penales, salvo que este declare falsamente, pues, en tales eventos, debe enfrentarse a cargos por perjurio o, si el testigo se niega a obedecer la orden de declarar, incurre en desacato (Lushing, 1983, p. 1960). (Lushing, 1983, p. 1960)

Sin embargo, la Corte consideró que si bien la inmunidad de uso no es suficiente para neutralizar el derecho a la no autoincriminación, porque el testigo quedaría en peor posición que si no hubiera declarado, dado que sí se puede usar en su contra la información relacionada con su testimonio, no ocurre lo mismo con la inmunidad de uso derivativo, pues los fiscales tenían la carga de probar que la evidencia introducida en un juicio posterior no estaba contaminada por el testimonio forzado del testigo.

Por ello, una vez que el acusado demuestra que ha testificado bajo la protección del estado de inmunidad, son las autoridades federales quienes tienen la carga de probar que la evidencia introducida no ha sido contaminada y que proviene de una fuente legítima e independiente del testimonio del inculcado (Thornburgh, 1973, p. 160). De todos modos, según afirman Wayne *et al.* (2013), la Asociación de Abogados de EE.UU. y los comisionados sobre leyes estatales uniformes han instado a retener la aplicación de la inmunidad transaccional y a limitar su uso solo a testimonios relacionados con, por ejemplo, delitos atinentes a los juegos de azar (Ala.Code -12-16-212; Miss.Code - 99-17-27; Wyo.Stat. -26-2-124).

Por el contrario, en la mayoría de los estados federales la elección entre la inmunidad de uso y la inmunidad de uso derivativo es vista como un problema que debe ser resuelto por el legislador. Esa elección ha dado lugar a grandes debates entre abogados e interesados en el tema, como apuntan Jeffries y Gleeson (Wayne *et al.*, 2013, p. 1). La discusión, en opinión de Keneey y Wals (Wayne *et al.*, 2013, p. 1), se centra en tres temas específicamente: el primero, consiste en adecuar el uso de la inmunidad transaccional para prevenir la práctica en las audiencias de la inmunidad de uso derivativo; el segundo, en analizar la eficacia comparativa de los dos tipos de inmunidad en el logro de la cooperación de testigos; y, por último, el tercero, en la capacidad de la Fiscalía para llevar un juicio posterior con base en un testimonio rendido bajo inmunidad de uso derivativo.

Con respecto al primer tema, los defensores de la aplicación de la inmunidad transaccional, en vez de la inmunidad de uso derivativo, manifiestan que el acusado cuyo testimonio será usado en algún proceso posterior nunca va a tener la misma protección contra la persecución penal que quien es beneficiario de una inmunidad total dentro de un proceso. Es muy complicado demostrar que la información relacionada con la responsabilidad penal del acusado, conocida por el fiscal, proviene de una fuente autónoma, ajena al testimonio rendido por él y que su conocimiento se deriva de la declaración rendida por otro individuo en un proceso totalmente distinto. Sucede lo mismo cuando un fiscal usa el testimonio de un declarante que tiene una inmunidad total y lo presenta como si lo hubiera conseguido él mismo de una manera independiente y, adicionalmente, lo utiliza contra otro procesado; esto es lo que se conoce como el uso del “ping pong de la inmunidad” (Wayne *et al.*, 2013, p. 1). Es decir, se utiliza el testimonio de un acusado en un proceso diferente para acreditar la culpabilidad de otra persona.

Por otra parte, los defensores de la inmunidad de uso derivativo manifiestan que la Fiscalía tiene una gran responsabilidad en la carga probatoria al establecer realmente una fuente independiente distinta del testimonio del procesado y eso la lleva a proteger por todos los medios esa información; por ello, el uso del ping pong de la inmunidad no sería más que una posibilidad hipotética, dado que al fiscal le resultará muy complicado demostrar que el testimonio del interviniente fue producto de una fuente ajena al testimonio inmunizado de otro autor.

En relación con el segundo tema, debe decirse que tanto la inmunidad transaccional como la de uso derivativo tienen sus ventajas: la plena inmunidad judicial es un arma poderosa contra el crimen organizado y la desarticulación de bandas criminales; y, en la inmunidad de uso derivativo, el testigo otorga la mayor cantidad de información posible para que luego la Fiscalía no señale que lo puede judicializar en un juicio diferente, porque encontró una fuente ajena que puede estar vinculada con la información que otorgó con anterioridad (ABA *Grand Jury Policy and Model act 5* (Principle 17) Uniform R. Crim, 1982, p. 732; Wayne *et al.*, 2013, p. 2).

El último tema objeto de debate gira en torno a lo ocurrido cuando el fiscal tiene pruebas suficientes para condenar, pero necesita del testimonio del testigo y no puede esperar a que sea

condenado y, luego, otorgarle inmunidad, por lo cual el fiscal puede hacer un registro de las pruebas disponibles antes de la concesión de la inmunidad y luego usar esa evidencia en un juicio posterior, aunque solo tratándose de una inmunidad de uso derivativo, pues la transaccional no permite esa opción. De cualquier manera, los partidarios de la inmunidad transaccional sostienen que ese testimonio que se otorga con la finalidad de no ser perseguido por parte de la fiscalía es mucho más creíble para el jurado que la declaración realizada bajo la inmunidad de uso derivativo (Wayne *et al.*, 2013, p. 2).

En cuanto al procedimiento para otorgar inmunidad, varios Estados de la Unión autorizan a la Fiscalía a conceder inmunidad sin una orden judicial y, en algunos, el testigo recibe inmunidad automática al testificar ante el jurado. Sin embargo, la gran mayoría de los Estados federales requieren una orden de inmunidad emitida por un tribunal antes de que el testigo declare en ejercicio del derecho a la no autoincriminación (así, Okla.Const., artículo II, §27; Kan.Stat. Ann, §22-3415; S.D. *Codified Laws Ann* en Wayne *et al.*, 2013, p. 1).

En el sistema federal y en la mayoría de los estados, el tribunal tiene un papel muy limitado en la emisión de la orden para permitir la inmunidad, dado que, antes de que la orden llegue para la aprobación por el tribunal, el fiscal tiene que cumplir con una serie de requisitos, en concreto: la orden de inmunidad debe estar aprobada por el fiscal general o por su delegado y, a juicio del fiscal federal, ese testimonio ha de ser necesario para el interés público (Wayne *et al.*, 2013, p. 2).

Si el fiscal cumple con las exigencias anteriores, el tribunal no puede negar la orden judicial con el pretexto de que no está de acuerdo con el análisis que él hace, en el sentido de que sea conveniente ese testimonio para el interés público dado que los tribunales parten de la suposición que la ponderación entre los costos de la inmunidad y el testimonio concedido es, en gran medida, tarea del fiscal; así se estableció en el caso (*Sate vs. Buchanan*). Sin embargo, algunos estados consideran que al testigo se le debe dar la oportunidad de ser escuchado cuando se realiza la solicitud; es el caso de Mass. Gen. Laws Ann (Wayne *et al.*, 2013, p. 1).

La orden de inmunidad es limitada y específica para cada momento procesal, por lo cual si el fiscal desea que el testigo hable en el juicio, debe solicitar una orden adicional, tal y como

quedó establecido en (*United States vs. Kuehn.*); este caso, por supuesto, es muy diferente al del testigo que rinde un testimonio bajo la concesión de la inmunidad. Una vez concedida la orden de inmunidad, el testigo debe declarar y, si se niega, podría enfrentar sanciones por desacato, a no ser que tenga una justificación legal para no hablar como, por ejemplo, el privilegio que tiene el abogado con el cliente. Adicionalmente, tampoco podrá alegar que tiene miedo a las represalias que tomen en su contra los cócriminales, o a las amenazas contra su vida, porque podría ser incluido en el programa de protección del testigos (Wayne R., Jerold H., King, & Orin S., 2013, p. 1).

Como se señaló, en los Estados Unidos existen tres tipos de inmunidad: la *transaccional immunity*, la *simple use immunity* y la *use-derivative immunity*. La inmunidad transaccional o total, es una figura que permite llevar a juicio el testimonio de una persona y extinguir toda acción penal en su contra, lo que implica que no será condenada. A diferencia de la inmunidad total, la de uso derivativo le da la opción a la fiscalía de seguir procesando al testigo que está declarando en contra de otros, si la fuente de la cual recauda información es independiente y autónoma del acusado. Por consiguiente, el Gobierno Federal es quien debe probar que precisamente esa evidencia es absolutamente legítima y no tiene relación con el testimonio del testigo inculcado (Uslegal, 2014).

Es esencial, entonces, comprender que en los Estados Unidos el testigo puede ser procesado y perseguido por asuntos relacionados con su testimonio, pero su dicho puede no ser admitido en juicio o se puede usar de otra manera distinta. Esa protección es lo que se denomina, según el caso, inmunidad de uso e inmunidad de uso derivativo (Lushing, 1983, p. 1960); por supuesto, de cuál de ellas se trata va a depender del valor y del uso del testimonio en el caso concreto.

En lo concerniente a la inmunidad de uso, el implicado que va a testificar queda expuesto a que se use en su contra la información que brinda por lo cual queda en peor situación que si hubiera alegado el privilegio a no declarar en contra de sí mismo. A raíz de lo anterior, si el testigo acude al privilegio de la no autoincriminación, puede no contestar la pregunta o interrogantes que se le realicen y su silencio está amparado constitucionalmente. Pero si el interrogador, de todas maneras, desea que dicha pregunta sea contestada, podrá solicitar al tribunal la orden de inmunidad (Lushing, 1983, p. 1961).

Esa orden para interrogar prohíbe el uso del testimonio y el empleo de la información derivada de los testimonios en contra de los testigos en casos penales, salvo en la investigación por perjurio. Así, si el testigo se niega a obedecer la orden de declarar, se enfrenta a los procedimientos de desacato y, si declara falsamente, se enfrenta a cargos de perjurio (Lushing, 1983, p. 1961). Sin duda, la inmunidad es una herramienta importante a la hora de garantizar que el testimonio del procesado sirva de base para buscar más evidencias y poder delatar a los otros inculcados en hechos criminales y bandas de crimen organizado.

En fin, debe decirse que las ideas hasta ahora expuestas reflejan que la figura de la inmunidad se encuentra tan específicamente regulada en los Estados Unidos de América, que, si bien existe un profundo respeto por la Quinta Enmienda de la Constitución, que establece el derecho a la no autoincriminación también hay una normatividad que señala las pautas para que ese testigo, que no está obligado a declarar, lo haga siempre y cuando su testimonio o las consecuencias derivadas del mismo no sirvan como evidencia en su contra.

La naturaleza y el régimen de la inmunidad en Colombia

La forma de entender la figura de la inmunidad.

Para estos efectos, debe precisarse qué se entiende por inmunidad en el contexto de la causal quinta del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, dado que dentro de la reglamentación jurídica colombiana es el único evento que consagra la potestad para la Fiscalía General de la Nación de no perseguir penalmente al imputado o acusado bajo una inmunidad total o parcial. De esta manera, se precisa que cuando la Fiscalía no persigue a determinada persona es por un asunto de limitación, mientras la inmunidad del principio de oportunidad es una facultad.

La Constitución Política no hace alusión expresa a la inmunidad, pero sí abre la posibilidad de aplicarla cuando la persona responsable acepta haber cometido un delito. La autoincriminación resulta de la declaración de culpabilidad expresa por parte del imputado o acusado. Por este motivo, el art. 33 de la Carta Magna consagra que ninguna persona está obligada a declarar en contra de sí misma y es por ello que debe existir un compromiso serio a la hora de renunciar a ese privilegio, delatando a los demás coautores o cómplices con

la finalidad de obtener ciertos beneficios. De igual manera, el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, incorporado al ordenamiento mediante la Ley 16 de 1972, hace referencia a que toda persona tiene el derecho a no declarar en contra de sí misma, ni a declararse culpable. Considerando que este Pacto hace parte integral del bloque de constitucionalidad no cabe duda en el sentido de que esta garantía cobija al inculcado en todos los casos.

En la Ley 906 de 2004 hay varios artículos que hacen alusión a la no autoincriminación (entre los que se encuentran el 282, 303, 367 y 131), en los cuales se consagra el derecho del acusado a guardar silencio y su posible renuncia a este privilegio de una forma libre, consciente y voluntaria, bajo la verificación de un juez de control de garantías. En este orden de ideas, debe entenderse el concepto examinado como la facultad de renunciar al derecho de guardar silencio, lo que le permite al imputado o al acusado obtener la inmunidad dentro de un proceso penal. Así, como se mencionó al inicio de este trabajo, la inmunidad es un amparo para el procesado que decide voluntariamente renunciar al privilegio de no autoincriminarse, para delatar a los coautores o copartícipes de la conducta punible, recibiendo como contraprestación la de ser exonerado de la persecución penal total o parcial de los delitos cometidos.

Con lo expuesto, no quedan argumentos suficientes que permitan conciliar lo que en Colombia se ha querido introducir al Código de Procedimiento Penal mediante la adición de un nuevo parágrafo al art. 324 (Proyecto de Ley 126 de 2013), porque, al definir la figura de la inmunidad, se la equipara al principio de oportunidad, lo que constituye una desafortunada asimilación de conceptos. Esto dice el parágrafo propuesto:

Se entiende por inmunidad la renuncia que la Fiscalía General de la Nación hace a la persecución penal del procesado que colabora con la justicia respecto de los hechos determinados que tengan las características de delito, en los que haya sido autor, interviniente o partícipe y en los que como consecuencia de dicha colaboración, exista la posibilidad de autoincriminación. La inmunidad puede ser total o parcial. La inmunidad es total cuando se aplica a todos los hechos en los que el procesado haya tenido participación, extinguiendo totalmente la acción penal. La inmunidad es parcial cuando se aplica solo a algunos hechos en lo que el procesado haya sido autor, interviniente o partícipe.

Al facultar a la Fiscalía para que no persiga penalmente al procesado si hay una colaboración eficaz del mismo para con la justicia, lo único novedoso que se propone es que el procesado haya sido autor, interviniente o partícipe. Al menos no es compatible si no consagra la interrupción del proceso cuando hay un compromiso para servir como testigo por parte del acusado o imputado. La definición del proyecto, añádase, tampoco brinda criterios adecuados para determinar cuándo la inmunidad debe ser total y/o parcial.

Sujetos procesales que serían beneficiarios de la inmunidad.

La lectura del numeral quinto en estudio evidencia que tanto el imputado como el acusado pueden ser beneficiarios de la aplicación de la inmunidad, pues la disposición examinada solo alude a que antes de la audiencia del juicio oral debe existir un compromiso por parte del procesado para servir como testigo contra los demás procesados. Sin embargo, la Ley 906 reglamentó en el artículo 394 la forma en que el acusado y el coacusado pueden servir como testigos en su juicio y serán interrogados.

En efecto, el acusado o coacusado puede declarar en su juicio y lo que diga no le genera consecuencias adversas (Sentencia C-782 de 2005), lo cual quiere decir que el juez le debe advertir que su declaración no lo perjudicará y que nada sucederá si guarda silencio o se rehúsa a contestar las preguntas que se le realicen. Ahora bien, el imputado, quien ostenta esa calidad en virtud de la declaración de un juez de control de garantías a petición de la Fiscalía, puede ser beneficiario del principio de oportunidad bajo inmunidad si logra acordar con el ente acusador su testimonio en juicio contra otro coautor y, en atención a su declaración, se considera si se le otorga ese beneficio de forma total o parcial, o no.

En este orden de ideas, el imputado o el acusado serán los sujetos procesales que van a servir como testigos y quienes renuncian al derecho de no autoincriminación, declarando expresamente su culpabilidad al comprometerse a testificar en contra de los demás partícipes con el objetivo de ser amparados por la inmunidad, esto es el beneficio que se le otorga como contraprestación a su colaboración.

El imputado o acusado, tal como lo establece el proyecto de modificación, debe haber sido por lo menos autor, interviniente

o partícipe, de lo contrario no podría brindar un testimonio creíble para incriminar a otros coautores. A este respecto, se debe recordar que, según Velásquez (2014), para definir el alcance de la expresión autor “se suele utilizar denominaciones de distinto tipo como autor inmediato, autor directo, autor principal, autor propiamente dicho, e incluso ejecutor y autor material” (p. 577); este autor asegura que todos estos términos pueden mantenerse como equivalentes siempre y cuando se entienda como autor directo la persona referida en el inciso primero del artículo 29 del Código Penal, según el cual por tal se entiende quien realice por sí mismo la conducta subsumible en el tipo respectivo. Adicionalmente, también la ley penal consagra la autoría mediata, que hace referencia a eventos en los cuales existe la voluntad de otra persona que obra como instrumento y quien tiene el control de la actuación delictiva (Velásquez, 2014, p. 587).

La ley también prevé que autor es quien actúa como miembro de una persona jurídica u órgano que realiza la conducta punible, aunque los elementos de la penalidad no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo que representa. Así mismo, para que la persona sea autora lo principal es necesario que tenga un mínimo dominio del hecho; lo mismo ocurre cuando se presenta otra forma de autoría que es la ‘coautoría’, esto es, cuando varios individuos de manera anticipada han realizado un acuerdo para dividirse el trabajo criminal, contribuyendo de manera significativa con un aporte para la materialización de la conducta punible (Velásquez, 2014, pp. 577 y 583 y ss). En lo concerniente a la figura del partícipe, se enfoca en que es el

individuo que efectúa un aporte doloso en el injusto doloso de otro, tratándose de una instigación o de una complicidad; por ello, esta forma de concurso de personas se caracteriza de manera negativa, pues el agente no ejecuta la acción típica (Velásquez, 2014, p. 588).

Así las cosas, en cuanto hace referencia al testimonio del acusado o imputado, debe existir plena convicción por parte del ente acusador para realizar una investigación seria y eficaz con el propósito de verificar la confiabilidad de la información, para que la inmunidad no se convierta en un motivo para librarse de la acción penal sin ningún material probatorio efectivo que demuestre la veracidad del testimonio.

Inmunidad vs. colaboración.

Si hipotéticamente se concediera la inmunidad por la colaboración prestada, se estaría en presencia de dos causales iguales que son la cuarta y la quinta. Sin embargo, tal circunstancia, por lo demás dicotómica, merecería una respuesta negativa, dado que ambas regulan dos situaciones totalmente distintas: la cuarta hace referencia a la colaboración y en ella el agente no tiene que servir como testigo, mientras que, en la quinta, el imputado debe ser un testigo, por lo cual debe acudir a juicio para rendir su declaración. Al no servir como testigo, el sujeto que se acoja a lo previsto en la causal cuarta puede conceder una entrevista y no necesariamente tiene que esperar a que llegue la etapa de juicio para colaborar con el suministro de evidencia que sea determinante para desarticular la banda criminal, tal como sucede cuando uno de los secuestradores indica dónde está el secuestrado y con su aporte logra la total desarticulación de la misma. Ello debe entenderse así porque, de conformidad con el texto del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, el sujeto podría ser un informante quien debe identificarse y suministrarle a la policía judicial la suficiente credibilidad para confiar en su declaración. El informante, por supuesto, no es un testigo y por ende no está en la obligación de acudir al juicio.

Por el contrario, en el supuesto de la causal quinta, el imputado o acusado debe declarar en el juicio so pena de que le sea revocado el beneficio de la inmunidad; se trata, pues, de un momento procesal específico dentro del proceso penal. Esa es, entonces, la razón por la cual en la causal quinta se interrumpe el proceso mientras que el testigo declara en juicio y no se puede renunciar a la persecución penal si no hay tal declaración. Así las cosas, la responsabilidad del acusado o del imputado va más allá de un mero compromiso de testificar, dado que se tiene que producir efectivamente su testimonio; de lo contrario, no se aplicaría el principio de oportunidad.

La inmunidad total y parcial.

En Colombia, el Código de Procedimiento Penal enuncia que existen dos tipos de inmunidades: la total y la parcial. En la medida en que no existe un desarrollo normativo sobre el particular, en este trabajo se propone definir la inmunidad total como el beneficio de renunciar a la acción penal para todos los delitos por los cuales es investigado el acusado. La inmunidad parcial, por su parte, otorgaría

la opción al imputado de ser judicializado solo por algunos de los hechos delictivos que ha realizado, es decir, en estos eventos, el fiscal renuncia a la persecución de algunas conductas punibles realizadas por aquél, pero no a todas.

Al respecto, cabe destacar que la figura en cuya virtud el procesado es eximido de responsabilidad penal, si se le aplica una inmunidad total, se constituye prácticamente en una modalidad de justicia premial (Manco, 2014)², pues, con base en su declaración, logra responsabilizar e incriminar a otros coautores y, como contraprestación, no es perseguido por la Fiscalía. Por su parte, el Proyecto de Ley 126 de 2013 consigna una definición de la inmunidad total y parcial: La primera es definida como la extinción total de la acción penal para todos los delitos, mientras que, la segunda, se entiende solo para alguno de ellos.

Ahora bien, si solo hay un delito por el cual es procesado el imputado no tendría lugar la aplicación de la inmunidad parcial y la única alternativa sería la inmunidad total. No sería viable, entonces, que si está tipificado como una sola la conducta punible realizada por el procesado, la misma conducta criminal se divida en varias partes. Ello conduce, por razones lógicas, a que siempre se aplicará la inmunidad total cuando es una sola la conducta punible; en síntesis, se le va a otorgar el principio de oportunidad al imputado o acusado, extinguiendo la acción penal, como contraprestación a su declaración en juicio para delatar e incriminar a los demás copartícipes en el hecho. Por supuesto, este amparo de inmunidad total, cuando es un solo delito, dejaría al responsable por fuera de la persecución penal del Estado y el fiscal tendría que valorar jurídicamente, en razón de la política criminal (Sentencia C-646, 2001)³ del Estado, qué es más conveniente: si judicializar al imputado o buscar su testimonio para incriminar a otros coautores o copartícipes, con lo cual terminaría por perdonarle su actuación delictiva.

² Para este autor, “al hacer referencia a justicia premial se busca una terminación anticipada del proceso y por ello se propicia llegar a acuerdos para evitar ir a un juicio o que el imputado sea favorecido con rebajas de penas si colabora con la justicia”.

³ “La política criminal es el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción” (Sentencia C-646, 2001).

Sin embargo, a raíz del poco desarrollo del tema en Colombia, muchos fiscales prefieren, en la práctica, realizar preacuerdos antes que arriesgarse a otorgar un principio de oportunidad con inmunidad total, sintiéndose con más respaldo jurisprudencial al pedirle a un juez la verificación de un acuerdo, que al solicitar su visto de bueno para no perseguir penalmente a un imputado. Es que, no se olvide, el hecho de no procesar al imputado o acusado reviste una decisión cuidadosa para el fiscal, dado que la inmunidad es, precisamente, un beneficio para el procesado si colabora eficazmente con la justicia, pero un riesgo para el ente acusador que decide no perseguirlo.

Ahora bien, la figura de la colaboración eficaz (Sentencia C-095, 2007)⁴, que no se encuentra en forma expresa en la Ley 906 de 2004 como sí ocurría en la Ley 600 de 2000, tiene una gran relación con el llamado derecho penal premial, al permitir otorgar rebajas y beneficios penales a los criminales a cambio de una cooperación con la justicia (Sintura, 1995, p. 13). Por ello, la inmunidad es un premio para el imputado a cambio de que sirva como testigo contra otros delincuentes brindando información clave para judicializarlos.

La inmunidad parcial, por el contrario, podría aplicarse cuando existe concurso de delitos, pues la Fiscalía acuerda con el imputado cuál sería la conducta punible por la que no se le va a investigar. En este sentido, al igual que sucede en la acusación, debe recordarse que el fiscal es el encargado de determinar el delito o los delitos que se deben edificar a partir de los hechos jurídicamente relevantes en el caso concreto, es decir, es el encargado de tipificar la conducta punible. Por ello, el juez, dada la naturaleza del sistema adversarial, no puede imponer su propia teoría del caso e indicar el delito por el cual el fiscal debe investigar (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 16 de Junio, 2014).

Sin embargo, pese a que la calificación realizada por la Fiscalía no puede ser cuestionada, el juez sí puede valorarla cuando se

⁴ “La Carta no dice expresamente que la colaboración con la justicia no pueda ser un criterio válido para la aplicación del principio de oportunidad. En todo caso, del tenor de las disposiciones aparece implícito que la eficacia de la colaboración que puede dar pie a la aplicación del principio de oportunidad penal debe estar comprobada. Es decir, el requisito de que tal colaboración sea eficaz implica la comprobación por parte de la Fiscalía de la veracidad y utilidad de la colaboración o el testimonio a que se refieren estos numerales” (Sentencia C-095, 2007).

tratare de violaciones a los derechos fundamentales, lo que supone un control constitucional para evitar la violación manifiesta de las garantías del sujeto activo (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 6 de Febrero, 2013). Dicho de otra manera: al igual que el juez está impedido para realizar un “control material a la acusación que hace el fiscal, excepto cuando hay actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometen las garantías fundamentales” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 16 de Junio, 2014), el titular de la acción penal es autónomo para valorar, conjuntamente con el imputado, a qué delitos le aplica la inmunidad parcial y a cuáles no, teniendo en cuenta el tipo de colaboración que vaya a realizar. Esta negociación no se corresponde con un preacuerdo, porque, en realidad, detrás de aplicar una inmunidad parcial existe un convenio entre la Fiscalía, el procesado y la defensa que

[i]mplica la admisibilidad por parte del imputado en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria, de situaciones que cuentan con un mínimo de respaldo probatorio, por lo que el acuerdo debe determinar sin duda alguna la imputación fáctica y jurídica por la que se ha de proferir condena (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 10 de Mayo, 2006).

La diferencia estriba en que, cuando se otorga el principio de oportunidad bajo la inmunidad parcial, al procesado no se lo condena por los hechos que ya ha aceptado previamente sino que, en la práctica, ante un concurso de delitos, algunos sí serán judicializados mientras que otros no. Sin embargo, cabe preguntar, ¿cuál es el criterio con el que el fiscal determina, en casos de concurso de conductas punibles, a cuáles delitos les aplica la inmunidad parcial y a cuáles no? Al respecto, debe decirse que la normatividad actual no establece ninguna directriz que guíe al ente acusador al momento de aplicar la inmunidad parcial, por ello aquí se propone que se acuda a dos requisitos: el test de proporcionalidad y la gravedad de los delitos (los menos lesivos).

Se considera que estos elementos son necesarios en la medida en que cada norma tiene una razón de ser constitucional que establece su límite y su propósito (Dueñas, 2009, p. 92) por esto el fiscal al momento de decidir a cuáles delitos les aplica la inmunidad no puede desconocer las reglas ni los principios establecidos en la Constitución. El test de proporcionalidad es el cimiento del sistema jurídico en cuanto establece los límites de cada situación con el propósito de buscar un justicia real y efectiva (Londoño,

2013, pp. 129 y ss.). Este principio, bien lo recuerda la doctrina (Arango, 2004, p. 251), comporta el estudio de tres criterios (que se tornan en verdaderos subprincipios), idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el caso concreto (Sentencia, T-141 de 2013).

Al analizar la idoneidad del delito al que se le va a aplicar la inmunidad, es decir, el delito por el cual el testigo no va a ser juzgado, se debe examinar si efectivamente se cumple con la finalidad establecida en el texto constitucional, porque se pueden restringir ciertos intereses, pero siempre dentro del alcance establecido por la carta política (Sentencia C-470 de 2011). En síntesis: la idoneidad “establece las condiciones teleológicas de cada una de las posiciones normativas en colisión para ser contrastadas” (Londoño, 2013, p. 130).

Por supuesto, al momento de analizar la idoneidad de la conducta punible, la Fiscalía puede contemplar la posibilidad de estudiar que si no persigue determinado delito, tampoco se afectan ni se menoscaban directrices constitucionales dado que existen otros delitos que van a ser investigados en su totalidad, los cuales garantizarán que el imputado o acusado asuma, a la luz de justicia, las consecuencias de su actividad ilícita. Por ello, se le aplica la inmunidad parcial al testigo como contraprestación a su declaración de culpabilidad y por su colaboración para delatar a otros coautores o partícipes.

En lo que concierne a la necesidad, se plantea que existen diversas soluciones ante un conflicto normativo y debe escogerse aquella que resulte menos lesiva (Corte Constitucional. Sentencia C-470, 2011), lo cual se traduce en que, tratándose de conceder inmunidad, ante una pluralidad de delitos, se debe dejar de perseguir aquel que afecte menos derechos fundamentales, es decir, si existe un concurso entre homicidio y daño en bien ajeno, debería aplicarse la inmunidad al daño en bien ajeno, porque lesiona un bien jurídico menor que el afectado por el homicidio.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto “soluciona el caso mediante una declaratoria de equivalencia jurídica o de prevalencia condicionada de una posición normativa sobre la otra” (Londoño, 2013, p. 133). Así mismo, la Corte Constitucional ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Adicionalmente, no podrán tipificarse conductas

que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones (Sentencia C-121 de 2012).

Siendo así las cosas, la razonabilidad es un criterio por el cual deben regirse el ente acusador y todos los funcionarios que, de alguna manera, realizan funciones de administración de justicia (González, 2007, p. 324); por ello, toda decisión debe, necesariamente, ajustarse a la Constitución y, por ende, debe lesionar lo menos posible los derechos fundamentales. Esa es la razón por la cual, al decidir la conducta punible favorecida con la inmunidad, tanto el fiscal como el juez deben valorar los beneficios derivados del testimonio del acusado o imputado para delatar a otros criminales, como contraprestación a la aplicación del principio de oportunidad para ciertas conductas.

El segundo elemento hace referencia a valorar los delitos menos graves⁵, con lo cual se exhorta a que la Fiscalía no persiga penalmente aquellas conductas punibles cuyas penas sean menores en comparación con las otras. Es decir, si hay un acusado investigado por homicidio, concierto para delinquir y daño en bien ajeno, se le debe aplicar la inmunidad parcial por el delito de daño en bien ajeno, que tiene una pena mucho menor en comparación con las del homicidio y el concierto para delinquir. No obstante, la situación no es tan simple cuando existe un concurso de delitos, donde todos revisten la categoría de graves. Por ejemplo: el acusado que va a servir como testigo es investigado por peculado, lavado de activos, concierto para delinquir y homicidio. La pregunta que surge es cómo se determina lo más grave. Se entiende que los delitos más graves se precisan a través del *quantum* de la pena y, en el ejemplo anterior, la inmunidad se aplicaría al lavado de activos y al concierto para delinquir, pero se procesa por homicidio y peculado que establecen

⁵ Los delitos menores son más graves que las infracciones, pero menos que las felonías, dice Blanchard (2014). Típicamente, los delitos menores dan por resultado una multa más alta que la que pagaría el que cometiera una infracción; o si es sentenciado a la cárcel, será por un término menor de un año. Si se impone una sentencia de cárcel, se cumplirá en la cárcel local, de la ciudad o del condado, en vez de en una prisión estatal o federal (penitenciaria). Una persona convicta por un delito menor usualmente no pierde su derecho a votar, fungir como jurado, ejercer una profesión que requiera licencia o servir en el ejército. Es importante destacar que los delitos menores no son contados como “strikes” en estados que han adoptado leyes de tres strike.

penas mayores. Pese a esto, cabe preguntar si en la inmunidad parcial se puede renunciar al delito más grave. Debe afirmarse que sí, siempre y cuando existan otros delitos también graves; en el ejemplo anterior, se podría aplicar la inmunidad al homicidio, pero se procesaría al testigo por peculado, lavado de activos y concierto para delinquir. No es viable aplicarle la inmunidad al más grave y dejar incólume al menos grave. Así, si hay un concurso entre homicidio y hurto, la fiscalía no puede dejar de perseguir penalmente el homicidio, pero sí el hurto.

Por ello, debe necesariamente existir una ponderación entre los delitos, escogiendo la conducta punible menos grave para aplicar la inmunidad o analizar si existe un factor que justifique dejar el delito más grave, siempre y cuando existan, a la vez, otros delitos que sean catalogados como graves en razón de la cuantía de la pena. Esa potestad que tiene la Fiscalía de pactar la inmunidad en la persecución penal de algunos delitos difiere en gran medida de la de realizar preacuerdos, pues, si bien es cierto que al realizar negociaciones se pueden eliminar causales genéricas o específicas de agravación, el grado de participación, la forma de culpabilidad o la sanción a imponer (Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 10 de Mayo, 2006), entre otras, en materia de la inmunidad enmarcada dentro de la esfera del principio de oportunidad, el delito no se persigue por razones de política criminal (Bustos y Hormazábal, 2004), dado que al fiscal le conviene más extinguir la acción penal para que el beneficiario se comprometa a servir como testigo contra los demás coautores.

Resumiendo: cuando el fiscal opta por otorgar inmunidad parcial bajo el marco del principio de oportunidad, se extingue irremediablemente la acción penal para algunos delitos, pero para otros permanece incólume, mientras que, al momento de negociar o realizar preacuerdos, existe siempre una condena penal mitigada por lo que las partes logren consensuar, pues es aceptada la responsabilidad penal en forma anticipada sin que exista un debate probatorio y fáctico (Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 10 de Mayo, 2006. Todo preacuerdo termina en condena, la inmunidad extingue la acción penal porque implica una renuncia a la persecución ya sea total o parcial.

En el caso de la inmunidad parcial, la inquietud que surge es si la discrecionalidad que tiene el fiscal para no perseguir ciertos delitos es tal que no debería ser sometido a ningún tipo de control. Como se vio al estudiar el derecho anglosajón, en los Estados Unidos, el fiscal

tiene toda la libertad para pactar con el procesado si lo investiga o no a cambio de información, mientras que, en Colombia, al estar establecida la inmunidad como una consecuencia derivada de la aplicación del principio de oportunidad, obligatoriamente tiene que estar sujeta a control por parte del juez de garantías; esto, de acuerdo con el art. 323 CPP. En efecto, al no estar regulada la forma en que el fiscal aplica el principio de oportunidad bajo la inmunidad parcial para algunos delitos, se requiere, necesariamente, un control por parte del juez, dado que debe garantizarse la permanencia de la totalidad de las garantías y los derechos fundamentales al imputado/acusado y, de no ser así, irremediablemente no se podría extinguir la acción penal.

En definitiva, tanto la inmunidad total como la parcial obedecen a una consecuencia de la justicia premial donde la Fiscalía valora si vale la pena no perseguir penalmente a quien colabora, pero sí llevar a juicio a quien es delatado: “la fiscalía opta por un 50% de impunidad aplicando el principio a quien colabora, pero ganando el otro 50% de quién es delatado y de otra manera no podría llevarse a juicio” (Forero, 2013, p. 175).

El momento procesal para otorgar el principio de oportunidad bajo inmunidad total o parcial.

En el Código de Procedimiento Penal actual se consagra la posibilidad de aplicar la inmunidad parcial o total hasta antes de iniciar la audiencia de juicio oral. Sin embargo, en el párrafo 5 del art. 77 del Proyecto de Ley 126 de 2013 (que modifica el art. 324 del C.P.P.), se dispone la opción de aplicarla –en tanto atada al principio de oportunidad– incluso hasta la audiencia de individualización de la pena y, por supuesto, en la sentencia (Proyecto de Ley 126 de 2013). El objetivo de esta reforma es ampliar la cobertura del principio de oportunidad para aplicarlo en cualquiera de los escenarios del proceso penal y “zanjar las discusiones jurídicas derivadas del vacío normativo existente, respecto a la aplicación de la oportunidad en estas situaciones” (Cámara de Representantes. Proyecto de Ley 126, 2014, p. 1). Así, al existir más estadios procesales para aplicar el principio de oportunidad, se incentiva el uso de esta posibilidad de extinguir la sanción penal otorgando inmunidad como contraprestación a la información que otorgará el imputado para perseguir a otros criminales.

Comportamientos del testigo beneficiario de la aplicación del principio de oportunidad.

Cuando se revisa el texto de la causal quinta para la aplicación del principio de oportunidad se percibe que el imputado es ‘testigo’ de los hechos y no un simple informante, como sucede en el evento de la causal cuarta del artículo 324; es decir, cuando una persona es testigo se hace referencia a que posee elementos probatorios y evidencia que le sirven para acusar a las demás personas que han tenido alguna participación en el hecho delictivo, que puede claramente declarar en contra de otro individuo, porque posee evidencias para ello.

El testigo es el sujeto que libremente desea brindar una declaración que puede legítimamente autoincriminarlo en una conducta delictiva o incriminar a otros sujetos, es así, por ejemplo, cuando surge en el derecho español la figura del colaborador con la justicia o arrepentido que es “un miembro o exmiembro de la organización delictiva que aporta elementos que pueden ser usados para la incriminación de otros miembros de la organización o para impedir la comisión de nuevos delitos” (Benítez, 2004, p. 21), mientras que el informante no necesariamente hace parte de la organización criminal sino que tiene conocimiento de sus integrantes, de sus manejos, de su forma de trabajo o división de tareas y, por ello, a cambio de ciertos beneficios, accede a suministrar la información.

El testimonio del imputado debe ser veraz y creíble, además de estar sujeto a corroboración por parte de la Fiscalía para que pueda hacerse acreedor del beneficio de la inmunidad. Este tipo de evaluaciones son difíciles de hacer, puesto que el móvil del procesado puede ser únicamente el de acceder a beneficios en relación con la pena, así, “la credibilidad del testimonio vendrá determinada por la veracidad confirmada por otros elementos probatorios” (Seonana, 2004, p. 176). En efecto, el análisis del testimonio conlleva evaluar una serie de factores tales como la personalidad del delator, su historia como partícipe en la comisión de hechos criminales, el papel que ha desempeñado o si existe la posibilidad de que confiese hechos inconfesables con la finalidad de alcanzar mayores beneficios punitivos (Seonana, 2004, p. 178).

De acuerdo con la causal quinta, los efectos derivados de la aplicación del principio de oportunidad quedan en suspenso hasta que se cumpla con el compromiso de declarar, y, si el testigo no

lo hace antes de que finalice el juicio, se revocará el beneficio. No obstante, si el imputado incumple el compromiso de servir como testigo, en ese momento, tal y como está redactada la norma, ya la Fiscalía había acordado previamente con el procesado la aplicación del principio de oportunidad y acudido ante el juez de control de garantías para su revisión, pero, aunque no se le puede conceder la inmunidad, dado que no declaró, sucede que ya es acreedor de la extinción de la pena (Forero, 2013, p. 174).

En el evento anterior, la Fiscalía no podría dejar sin efecto una decisión judicial que aprobó la aplicación del principio de oportunidad, dado que si se analiza literalmente la norma, esta la faculta para revocar el beneficio ante el incumplimiento de declarar por parte del imputado; por ende, es más conveniente que se interrumpa el proceso penal

[c]aso en el cual la fiscalía acuerda con el imputado la aplicación del principio de oportunidad, interrumpiendo la persecución respecto de este imputado testigo y cuando cumpla la obligación se acudirá al juez de control de garantías para que lleve a cabo el control formal y material (Forero, 2013, p. 174).

En síntesis, se interrumpe el proceso, hasta que el imputado o testigo cumpla con su compromiso de declarar. Es más, la norma, en vez de decir 'suspensio', debió decir 'interrupción'. Si hay un compromiso por parte del imputado y/o acusado se debe interrumpir el proceso y, una vez rinda su declaración en juicio, el ente acusador debe renunciar a la persecución penal.

En un escenario distinto, puede suceder que el imputado, a través de su testimonio, delate y acuse a un miembro de una organización criminal para beneficiarse de alguna modalidad de inmunidad. Sin embargo, el juez, al valorar su testimonio, considera que aunque había elementos materiales probatorios que sí lo vinculaban con la organización, no eran suficientes para lograr una condena, lo que ocasiona que el juez absuelva al integrante de la banda por duda razonable. Desde luego, es evidente que el acusado tenía la expectativa de que se le aplicara el principio de oportunidad y, por eso, delató; sin embargo, ante la falta de evidencia, el juez no tiene otro camino que absolver al sujeto que el acusado incriminó.

Así las cosas, el imputado o acusado cuyo testimonio fue insuficiente, porque no logró demostrar la culpabilidad del sujeto al

cual estaba incriminando, pues el juez lo absolvió por duda razonable, debe ser merecedor del principio de oportunidad bajo algún tipo de inmunidad, porque el hecho de que el juez no lo haya declarado culpable no debe incidir en la información que ya había dado con anterioridad y que logró inclusive llevar a juicio a su coautor o cómplice. Esa expectativa, en resumen, debe materializarse.

De lo anterior se deduce, entonces, que el imputado o acusado no puede garantizarle al fiscal que necesariamente el coautor que está delatando será condenado a cambio de que le otorgan la inmunidad, porque esa decisión judicial depende de muchos factores que no puede controlar el testigo. Cosa diferente es que el imputado, por hacerse beneficiario de la figura del principio de oportunidad y más aún de la inmunidad, exponga información falsa con la finalidad de que la Fiscalía crea que existe un compromiso serio de delatar a otros miembros de la banda. En este caso, cuando el juez absuelve al presunto miembro de la banda al que están incriminando, le debe compulsar copias por falso testimonio al testigo. En efecto, no es viable en este escenario que la Fiscalía renuncie al ejercicio de la acción penal si su declaración solo sirvió para que el juez evidenciara que había una grave falsedad, lo que conllevó a una absolución. En este evento es necesario que ella continúe con la investigación reiterando que el imputado no tiene derecho a ningún tipo de beneficio.

En otro caso, puede suceder que el imputado rinda testimonio contra un miembro de la banda y este se allane inmediatamente a los cargos; al respecto cabe preguntar: ¿qué sucede con el imputado que sirvió como testigo y tenía la expectativa de que le iban a aplicar el principio de oportunidad? El problema radica en que existía una expectativa por parte del imputado, en cuya virtud, al servir como testigo y comenzar a brindar información clave que ayudara a la captura de otro miembro de la banda criminal, él iba a ser beneficiario de la figura del principio de oportunidad; sin embargo, la persona que acusó e incriminó se allana a los cargos, lo que equivaldría a que esa persona no iría a un juicio y el imputado y/o acusado no se haría acreedor del principio de oportunidad. Ante este escenario, la idea inicial de aplicar el principio de oportunidad por parte de la Fiscalía no queda sustentada bajo ninguna base y no tendría motivo para extinguir la acción penal; se tendría, pues, que continuar con el trámite del proceso en contra del testigo sin otorgarle ningún tipo de beneficio.

Desde luego, la consecuencia más directa en relación con el caso anterior es que el imputado ya había rendido su testimonio antes de que el coautor o coparticipe que él delató se allanara a los cargos, es decir, el testigo no contaba con que el interviniente en la conducta punible fuera a aceptar su culpabilidad para conseguir una rebaja de pena. Este allanamiento puede coincidir con la información proporcionada por el imputado; sin embargo, ya es un hecho que el interviniente no va a ir a juicio, por lo cual la Fiscalía no tiene otro camino que judicializar al testigo y no aplicar el principio de oportunidad, dado que no puede renunciar a la actuación penal sin ninguna justificación y, mucho menos, sin ninguna información útil para buscar otros actores relacionados con la conducta punible.

De todas formas, debe tenerse en cuenta que el fiscal ya había solicitado al juez el control de legalidad para la aplicación del principio de oportunidad al imputado, con la expectativa de ser beneficiario de alguna inmunidad total o parcial. Pero, con la aceptación de culpabilidad del interviniente en la conducta punible se modifica el panorama de la situación del testigo, dado que no será testigo sino un procesado más e, irremediamente, el ente acusador se verá obligado a continuar con la acusación al no existir motivos para renunciar a la acción penal. Lo mismo sucede cuando el inculpatado por el testigo fallece, pues no hay posibilidad de realizar un juicio, dado que no existe el sujeto activo de la acción penal: la muerte del responsable de la conducta punible hace que no se pueda perseguir penalmente. Por consiguiente, es imposible aplicar el principio de oportunidad al acusado o imputado amparado en alguna modalidad de inmunidad.

Conclusiones

Luego de analizar el tema de la inmunidad en el marco del derecho procesal penal, pueden proponerse las siguientes consideraciones para la reflexión:

El principio de oportunidad es una figura reglada y sometida a control judicial en Colombia, dado que el fiscal debe recurrir ante el juez de control de garantías para extinguir la acción penal; sin embargo, hay una ausencia notoria de desarrollo jurisprudencial en cuanto al alcance y a la aplicación de la inmunidad prevista en la causal quinta del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.

El principio de oportunidad no se opone al de legalidad, en cuanto no es una facultad discrecional de la Fiscalía para aplicarlo, dado que tiene que cumplir con los preceptos constitucionales (Fiscalía General de la Nación, 2004) y los lineamientos de la política criminal del Estado para analizar su procedencia. Además, la Fiscalía, por razones de conveniencia (Espitia, 2010, p. 413), puede prescindir de perseguir penalmente al delincuente y, por ello, se abre la puerta a figuras como la de la inmunidad.

En Colombia, el control de la inmunidad bajo el marco del principio de oportunidad se encuentra en cabeza de un juez de control de garantías, mientras que en los Estados Unidos de América la inmunidad la otorga un tribunal que no funge como tribunal de garantías sino como un control formal.

Una vez estudiados los criterios estadounidenses en relación con la inmunidad, es pertinente indicar si es una ventaja la regulación de ese país en torno a las diversas clases y consecuencias de aplicar la *transaccional, use y derivative use immunity*. Para ello es clave tener claramente identificadas cada una de estas clases de inmunidad respaldadas por un amplio desarrollo jurisprudencial. El sistema nacional no acogió esas modalidades y optó por no darle ese alcance a la inmunidad en el Código de Procedimiento Penal dado que la ubicó en el marco del principio de oportunidad; hubiese sido mejor, por supuesto, haberle previsto de forma independiente.

La redacción de la norma respectiva no es clara cuando dice que los efectos del principio de oportunidad quedarán en suspenso hasta que el procesado cumpla con su obligación de declarar. Se concluye, pues, que es necesario diferenciar entre las figuras de interrupción y renuncia, por lo que en principio no se suspendería el proceso sino que se interrumpe mientras que el imputado o acusado colabora con la justicia y la renuncia solo se materializa cuando cumple con su declaración en juicio.

Cuando el fiscal opta por otorgar inmunidad parcial bajo el marco del principio de oportunidad, se extingue irremediamente la acción penal para algunos delitos, pero, para otros, permanece incólume; de otro lado, al momento de negociar o realizar preacuerdos, siempre existe una condena penal, aunque mitigada por lo que las partes logren consensuar, pues es aceptada la responsabilidad penal en forma anticipada, sin que exista un debate probatorio ni tampoco fáctico. Todo preacuerdo termina en condena, mientras que la inmunidad extingue la acción penal, porque implica una renuncia total o parcial a la persecución.

La inmunidad es un beneficio procesal en el marco del principio de oportunidad, porque el procesado sirve como testigo, pero es una modalidad de colaboración con la justicia, dado que el agente decide voluntariamente renunciar a su privilegio de no autoincriminarse para delatar a sus compañeros delictuales, como contraprestación a una exoneración de la persecución penal para todos o parte de los delitos cometidos.

La inmunidad total se puede entender como el beneficio de no aplicar la sanción penal para ninguno de los delitos por los cuales es investigado el acusado; por el contrario, la inmunidad parcial otorgaría la opción de judicializarlo solo por algunos hechos delictivos que ha realizado, es decir, el fiscal renuncia a la persecución de algunos delitos, pero no de todos.

Además, se deben satisfacer dos requisitos a la hora de determinar a cuáles delitos se les debe aplicar la inmunidad cuando hay un concurso de conductas delictivas. El primero, es el test de proporcionalidad según el cual se debe hacer un análisis de los criterios de idoneidad, necesidad y racionalidad, al momento de aplicar la inmunidad parcial. El otro, es identificar los delitos menos graves, graduados por la cuantía de la pena, para aplicarles el amparo de la inmunidad.

Incluso, aquí se ha dicho que es viable renunciar a la persecución penal del delito más grave en la inmunidad parcial, siempre y cuando el procesado sea acusado por otros delitos que revistan la misma gravedad y sean castigados con las penas establecidas en la ley.

También, la figura de la inmunidad en Colombia cobija al imputado y al acusado. El imputado y/o acusado reconoce expresamente su culpabilidad al comprometerse a declarar en contra de los demás partícipes con el objetivo de ser amparado por la inmunidad que, en tales casos, es el beneficio que obtiene como contraprestación a su colaboración.

En definitiva, se requiere un mayor desarrollo jurisprudencial en nuestro país en cuanto al instituto de la inmunidad, para establecer un criterio propio que determine las directrices a seguir por parte de los operados judiciales. Así las cosas, los requisitos del test de proporcionalidad y la evaluación de los delitos menos graves, son elementos claves y de gran ayuda al momento de aplicar la inmunidad parcial.

Referencias

- ABA Grand Jury Policy and Model act 5 (1982) (Principle 17), Uniform R. Crim P. 732 (b) (2d ed. 1974).
- Amar, A. R. & Lerner, R. L. (1995), Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause. *Michigan Law Review*, 857, 993. Recuperado de: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/993
- Arango, R. (2004). *Derechos, Constitucionalismo y Democracia*. Bogotá: Universidad Externando de Colombia.
- Barabara, J., Morrison, J. & Cunningham, H. (1976) Plea Bargaining Justice? En *Criminology*, 14 (1).
- Bedoya, L. F. (2008). *La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano*. Bogotá: Comlibros.
- Benítez, I. (2004). *El Colaborador con la Justicia. Aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido* (EBOOK). Madrid: Editorial Dykinson.
- Blanchard, S. (2014). *Infracción, delito menor o felonía: ¿Cuál es la diferencia?* Recuperado de <http://abogados.lawinfo.com/recursos/ley-criminal/infracci-n-delito-menor-o-felon-a-cu-l-es-la-.html>.
- Bustos, J. & Hormazábal, H. (2004). *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Constitución Política (1991). Congreso de la República de Colombia. Colombia.
- Daza, A. (2006). Decisión de un conflicto por un juez imparcial o por un juez participante. Comentarios a la reforma del sistema procesal penal colombiano. En O. C. Restrepo (Ed.), *Investigación Jurídica y Sociojurídica en Colombia. Resultados y Avances en investigación*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Dueñas, O. (2009). *Lecciones de Hermenéutica Jurídica*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Dworkin, R. (1997). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Espitia, F. (2010). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Bogotá: Legis.
- Estados Unidos de América. *Constitución de los Estados Unidos de América* (1787).

- Falum, J. & Carr, J. (1972) Public Service: Self Incrimination vs The Public's Right to an Accounting. *The Journal of Criminal Law Criminology and Police Science*, 63 (3).
- Fiscalía General de la Nación. (30 de Diciembre de 2004). Resolución 006657.
- Forero, J. (2013). *Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad*. 2 ed. Bogotá: Editorial Ibáñez-Universidad del Rosario.
- Gardner & Anderson's. (2014) *Criminal Law*, 12th Edition. Recuperado de <http://books.google.com.co/books>.
- Glickstein v. United States, 222U.S.139, 32 S.Ct 71.56 L.Ed 128 -1911.
- Gómez, C. (2006). *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación.
- Góngora, M. (2014). El Principio de oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia. Recuperado de <http://www.menschenrechte.org/lang/es/lateinamerika/oportunidad-procedimiento-penal-colombia>.
- González, P. (2007). *La Policía Judicial en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá D.C: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
- Jeffries & Gleeson. (1995). The Federalization of Organized Crime: Advantages of Federal Prosecution. *46 Hastings L.J.* 1095, 46.
- Keeney & Walsh. (1978). The American Bar Association's Grand Jury Principles: A Critique From A Federal Criminal Justice Perspective, *14 Idaho L.Rev.* 545, 14.
- Ley 16 de 1972. Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica», firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969». Diario Oficial. No. 33.780. Congreso de la República de Colombia, diciembre de 1972.
- Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial, No. 45668. Congreso de la República de Colombia, septiembre de 2004.
- Ley 1312 de 2009. Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad. Diario Oficial No. 47.405. Congreso de la República de Colombia, julio de 2009.
- Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de

- corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial No. 48128. Congreso de la República de Colombia, julio de 2012.
- Londoño, C. (2013). *Bloque de Constitucionalidad*. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica.
- Lushing, P. (1983). Testimonial Immunity and the privilege Against Self – Incrimination: A study in Isomorphism. *The Journal of Criminal law and Criminology*, 73 (4).
- Maier, J. (2003). *Derecho Procesal Penal* (Tomo I). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Manco, Y. (2014). *La Verdad y la Justicia premial en el proceso penal Colombiano*. Recuperado de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/14146/12506>
- Marienhoff, M. (1990). *Tratado de Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Mir, S. (1994). *El Derecho Penal en el Estado Social y democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Morse, Ch. J. (2001). New York. *Criminal Procedure. An Analytical Approach to Statutory, Constitutional and Case Law for Criminal Justice Professionals*. Durham: Carolina Academic Press.
- Pombo, C. R. & Camacho, J. M. (2009). *Génesis de la Democracia Local en Colombia y la planeación participativa. Marco socioeconómico, jurídico e institucional*. Volumen 1. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Proyecto de Ley No. 126 de 2014. Por el cual se modifica la ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal. Gaceta del Congreso No. 999. Congreso de la República de Colombia, 2014.
- Rodríguez, N. (1997). *La Justicia Penal Negociada- Experiencias en el derecho comparado*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca.
- Sentencia C - 646 (2001, junio 20). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional.
- Sentencia C- 782 (2005, julio 28). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional.
- Sentencia C- 095 (2007, febrero 14). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional.
- Sentencia C- 470 (2011, junio 13). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional.

- Sentencia C - 121 (2012, febrero 22) Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.
- Sentencia 25.389 (2006, mayo 10). Casación. M.P. Javier Zapata Ortiz. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 39.892 (2013, febrero 6) Casación. M.P. José Luis Barceló Camacho. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia T- 141 (2013, marzo 14). Acción de Tutela. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.
- Sentencia 40.871 (2014, Julio 16). Casación. M.P. José Leónidas Bustos. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sintura, F. (1995). *Concesión de Beneficios por Colaboración Eficaz con la Justicia*. Bogotá: Dike.
- Thornburgh, R. (1973). Reconciling Effective Federal Prosecution and the Fifth Amendment: "Criminal Coddling," "The New Torture" or "A Rational Accommodation?". *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 67 (2). Recuperado de <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5976&context=jclc>.
- Urbano, J. (2006). *Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control de principio de oportunidad*. Colección del pensamiento jurídico No. 19. Instituto de Estudios del Ministerio público.
- USLegal. (2014). *Definitions & Legal Terms Defined*. (2014) Recuperado de <http://definitions.uslegal.com/u/use-immunity/>
- Uviller, R. (1979). *The Process of Criminal Justice: Investigation and Adjudication*, (2 ed.). St. Paul Minnesota: West Publishing Co.
- Velasquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General*. (4 ed.) Medellín: Comlibros.
- Velásquez, F. (2014). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (6 ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Wayne R. LaFave, Jerold H.I., Nancy J. K., Orin S. K. (2013) *Criminal Procedure*. West's Key Number Digest.

Los límites a la autonomía de la Fiscalía en la adecuación típica de la conducta punible*

*Diana Karina Pineda-Castro***

Resumen

El trabajo está orientado a resolver si el juez de control de garantías puede obligar al fiscal a realizar una variación de la imputación jurídica, cuando la misma vulnera el principio de legalidad. Sobre ello se han planteado diversas posturas: en lo que atañe a la denominación jurídica de los hechos, no resulta acertado entender que el fiscal –pese a estar demostrada una determinada configuración típica– cuente con amplias facultades para negociarla con el procesado, toda vez que el principio de legalidad le impone un límite mucho más restringido. Por el contrario, para cierta parte de la doctrina y la jurisprudencia, debe acatarse en debida forma, la concepción del sistema penal con tendencia acusatoria, pues se sostiene que no es del resorte de los jueces ejercer la acción penal; así, tratándose de los alcances y límites de la imputación, esta debe ser meramente fáctica y estar desprovista de consideraciones jurídicas, por lo que el papel del juez sería absolutamente pasivo, el de un simple instrumento a través del cual se formaliza la imputación y asumir una actitud contraria conllevaría una intromisión en la función de investigación asignada a la Fiscalía. Las reflexiones ulteriores se ocupan del análisis de tales alternativas y, al final, se toma posición.

Palabras clave

Acción penal, principio acusatorio, principio de legalidad, principio de taxatividad, derechos de las víctimas, debido proceso, verdad y justicia, adecuación típica de la conducta.

* Artículo de reflexión resultado del trabajo de grado para optar al título de magíster en Derecho, Línea de Investigación en Derecho Procesal Penal, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia), dirigido por el profesor Jorge A. Abello Gual.

** Magíster en Derecho, Línea de Investigación en Derecho Procesal Penal, Universidad Sergio Arboleda.

The Limits on the Autonomy of the Prosecution in the Typical Adequacy of the Criminal Offense

Abstract

The article is aimed to solve the problem if the guarantees control judge may force the prosecutor to make a change in the legal complaint when it violates the principle of legality. Various positions have been raised on this : as regards the legal designation of the facts, it is not wise to understand that the prosecutor – in spite of the fact that a particular typical configuration has been shown - counts with broad powers to negotiate with the defendant, since the rule of law imposes a much narrower limit. On the contrary, for some part of the doctrine and jurisprudence, it must be complied in due form, with the conception of the accusatory trend of the penal system, as it argues that it is not a faculty of the judges to conduct the criminal investigation; and, in the case of the scope and limits of the complaint, this must be purely factual and devoid of legal considerations, so the role of the judge would be absolutely passive, that of a mere instrument through which the complaint is formalized and taking a contrary attitude would lead to an interference in the investigation functions assigned to the prosecution. Subsequent reflections are dealing with the analysis of such alternatives and in the end a position is taken.

Keywords

Criminal proceedings, adversarial principle, principle of legality, principle of taxativity victims' rights, due process, truth and justice, typical appropriateness of behavior.

Introducción

El problema jurídico que pretende resolver este trabajo consiste en establecer si el juez de control garantías puede –y debe– intervenir en la imputación formulada por la Fiscalía cuando aquella vulnera el principio de legalidad. Este asunto también preocupa a los sistemas de justicia penal en varios países que han enfrentado cambios de diversa naturaleza; América Latina, por supuesto, no escapa a esa transformación ni a las dificultades que apareja su introducción.

Lo anterior, en la medida en que, desde hace varias décadas, se han puesto en duda las bases del denominado modelo inquisitivo, propio de un larga tradición, en el cual se fundamentaban los diversos sistemas procesales penales y se han establecido unos modelos con tendencia acusatoria y adversarial, como ocurrió en Chile, Alemania, Portugal, España, Italia, Puerto Rico, Colombia, Perú, Costa Rica, Argentina, entre otros. A los efectos de esta trabajo interesa estudiar, especialmente, lo atinente a la potestad de la Fiscalía General de la Nación, en cuanto titular de la acción penal, de imputar conductas a quienes considera que son sus posibles autores o partícipes y la consecuente facultad que le asiste a dicho órgano de adecuar los comportamientos que lesionan bienes jurídicamente tutelados a los diversos tipos penales consignados en la ley penal sustantiva.

Ello es de suma importancia, porque la praxis judicial evidencia que, en no pocos casos, el ente acusador no es coherente a la hora de formular las correspondientes imputaciones en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurre un hecho, e incluso con la denominación jurídica que se le atribuye al mismo. Así, por ejemplo, un homicidio cometido en circunstancias de agravación como la sevicia o el estado de indefensión de la víctima es imputado en la modalidad de simple y no se le da la connotación de agravado; esa omisión, como se analiza luego, vulnera los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia sin dejar de lado, además, las afectaciones al principio de legalidad, como componente esencial del debido proceso contemplado en el artículo 29 del Estatuto Superior.

La pertinencia del problema apuntado radica en que la legislación procesal penal vigente no define con claridad los límites que tiene la Fiscalía al momento de realizar la adecuación típica de la conducta que se presume delictiva, amén de que –teniendo aquella la potestad exclusiva de acusar– puede quedar a su arbitrio la denominación

jurídica de los comportamientos, al menos en la audiencia preliminar de formulación de imputación, pues, por tratarse de un acto de simple comunicación inherente a dicho ente –según se ha dicho–, el juez de control de garantías no puede interferir de manera directa.

Esa ausencia de control al acto de imputación en los términos explicados anteriormente, puede comportar que en la etapa de juzgamiento se generen eventuales nulidades por desconocimiento del principio de taxatividad, como elemento integrante del postulado de legalidad. Igualmente, ante la rigidez de la ley procesal penal existente, también se le niega al Ministerio Público –como garante del respeto al ordenamiento jurídico– y a las propias víctimas la posibilidad de pronunciarse sobre la imputación jurídica que hace la Fiscalía y que puede afectar al orden jurídico o a sus intereses, especialmente cuando existe falta de consonancia entre el acontecer fáctico y la denominación jurídica dada al hecho en la imputación. De esta manera, pues, se pueden ver vulnerados sus derechos a la verdad y a la justicia.

Por ello, el objetivo principal de esta incursión académica es determinar si existe la necesidad de que la Fiscalía, a solicitud del juez o de las partes, varíe la imputación jurídica cuando esta vulnera el principio de legalidad. Además, se persiguen los siguientes objetivos específicos: establecer el alcance y la finalidad del principio acusatorio en Colombia y en otras legislaciones; analizar la acusación como potestad exclusiva de la Fiscalía al tenor de lo establecido en el canon 250 constitucional; y, añádase, se explican las razones por las cuales se considera que la Fiscalía, como titular de la acción penal, no puede desconocer el principio de taxatividad o de determinación al momento de efectuar la calificación jurídica de la conducta punible.

Respecto a la metodología adoptada, debe decirse que la investigación es de tipo descriptivo en la medida en que se fundamenta en principios teóricos como los propios de la hermenéutica, empleando, además, métodos de recolección cualitativos, con el propósito de explorar los axiomas que rigen en un sistema penal de naturaleza acusatoria con miras a demostrar la tesis de que, si bien la Fiscalía es la titular de la acción penal, la autonomía de que goza al momento de adecuar los comportamientos que se presumen delictivos no es absoluta sino que encuentra límites, especialmente, en los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia (Corte Constitucional, sentencia C-209 de 2007).

Igualmente, en armonía con lo anterior, se busca evidenciar que en el sistema procesal penal colombiano sí resulta necesario, en virtud del control de legalidad que le asiste al juez, que este, como director del proceso, pueda sugerir la modificación de la calificación jurídica de los hechos. Con estas miras, pues, luego de abordar el asunto objeto de indagación en el ámbito del derecho comparado (la imputación desde la perspectiva del sistema de tendencia acusatoria) se aterriza el debate a lo ocurrido en Colombia, a cuyo efecto se examinan los alcances del principio acusatorio en el derecho positivo. Además, se estudian los pormenores de la variación de la imputación jurídica a solicitud del juez de garantías cuando se desconoce el principio de taxatividad; y, al final, se consignan las conclusiones de este ejercicio académico y el material consultado.

El principio acusatorio y la imputación en algunos países

El principal obstáculo teórico para que los jueces objeten la denominación jurídica dada a la conducta por la Fiscalía en las diferentes instancias de un proceso penal, es el principio acusatorio entendido, en parte, como la facultad exclusiva de la Fiscalía General de la Nación para iniciar la acción penal, amén de la necesidad de que las funciones de investigar y de juzgar se encuentren en órganos diferentes. De acuerdo con dicha perspectiva de análisis, se ha establecido desde la Constitución y la ley procesal penal que, para garantizar la imparcialidad del juez, la acción penal debe ser una función exclusiva de la Fiscalía General de la Nación y que los jueces, en principio, solo deben limitarse a verificar los requisitos formales de los actos y la protección de los derechos de los procesados, sin tener facultades para revisar ni solicitar la variación de la calificación jurídica de los mismos, so pena de vulnerar el principio acusatorio, y, en consecuencia, de afectar su imparcialidad a lo largo del proceso.

La problemática generada por dicha postura, que limita de manera radical cualquier posibilidad de revisión material sobre la calificación jurídica que haga de los hechos la Fiscalía, ha suscitado muchas discusiones importantes respecto del contenido y el alcance del principio acusatorio, porque la posibilidad de que el juez pueda corregir errores en la calificación jurídica, para proteger las garantías procesales y, especialmente, el principio de legalidad y los derechos fundamentales del procesado y de las víctimas, parece ser una exigencia casi que inevitable para un juez que ejerce la función de control de garantías en un Estado social y democrático de derecho.

No resulta apropiado, desde esta perspectiva, que ante una evidente violación al principio de legalidad en materia penal, un juez tenga que permanecer inactivo y sumiso ante las actuaciones realizadas por la Fiscalía en un proceso penal, por el mero respeto a los dictados del principio acusatorio. Por ello, en la doctrina española se considera que el principio acusatorio sólo sería un postulado judicial, o de conformación orgánica, y no procesal o procedimental, puesto que contribuye a garantizar la imparcialidad del juzgador (Gómez, 2007, p. 50).

Gómez (2007), luego de hacer alusión a diversos argumentos por los cuales estima que el concepto apuntado suele confundirse con el de sistema acusatorio, señala que por principio acusatorio debe entenderse únicamente que acusador y juzgador no pueden ser la misma persona y que los hechos y las pruebas sólo deben aportarse por las partes (ministerio fiscal y defensa) –aspecto sobre el cual se centra verdaderamente la confusión en España–, con la finalidad de reforzar la posición del tercero encargado de decidir el asunto, es decir, la imparcialidad del juez, pues, en definitiva, se estaría frente a un principio de configuración judicial –orgánica– y no procesal.

Por ello, entiende que el principio acusatorio es un concepto poco claro, producto de la confusión histórica que se produce al calificar como acusatorio a todo un sistema de aplicar el derecho penal enfrentado a otro modelo que sería el denominado inquisitivo. Sin embargo, el proceso únicamente puede ser acusatorio, por lo que la discusión caería en el vacío, razón por la cual opta por admitir la expresión ‘principio acusatorio’ pero entendida en un sentido muy estricto: principio acusatorio es aquel que en el proceso penal está encargado de garantizar la imparcialidad del juzgador (Gómez, 2007, p. 15). Semejante es el pensamiento de Montero (1994, p. 530), para quien solo se puede llamar proceso al proceso acusatorio, en el que es de la esencia la presencia del juez imparcial y de las partes enfrentadas entre sí. Así las cosas, la expresión principio acusatorio ha de entenderse solo bajo estos tres significados: (a) que no pueda existir proceso sin acusación, la cual debe ser formulada por persona distinta a quien va a juzgar; (b) que no proceda condena por hechos distintos de los vislumbrados en la acusación, ni contra persona distinta de la acusada; y (c) que el juez no pueda tener facultades de dirección material del proceso, por tanto, le estaría vedado aportar hechos o decretar pruebas de oficio, debiendo ser en todo caso un tercero imparcial (Gómez, 2007, p. 4).

El principio acusatorio se erige como uno de los postulados orientadores del proceso acusatorio que regula aspectos bien específicos del mismo, cuyo contenido se ciñe a la separación de la función de acusación de la de enjuiciamiento, funciones que deben ser atribuidas a órganos distintos, y por tal motivo la acusación – el objeto del proceso– debe ser planteada en juicio por un sujeto distinto del juez (Rodríguez, 2013, p. 647).

No muy distantes son los planteamientos de Horvitz y López (2002, p. 43), para quienes el principio acusatorio impone la distribución de los poderes de persecución penal y, consecuente con ello, de las funciones inherentes a su ejercicio, implicando una triple separación entre las funciones de investigación, acusación y enjuiciamiento, motivo por el cual son enfáticos al afirmar que dicho postulado puede descomponerse en dos aspectos esenciales: distribución de las funciones de acusación y decisión y distribución de las funciones de investigación y decisión. El primero, exige la presencia de un acusador que sostiene la acusación y de un juez que decide respecto de la misma; en tanto que, el segundo, conlleva la efectividad de la garantía a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial. Por ello, se concluye que la incorporación del principio acusatorio al sistema procesal penal chileno es, sin lugar a dudas, el aspecto más característico y valioso de la reciente reforma.

Si bien es claro en los apartes anteriores cuáles son las notas más características de un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, lo cierto es que en la práctica varios países han introducido algunos ajustes que no responden a sus rasgos característicos, entre ellos los relativos a los controles que deben ejercer los jueces sobre las competencias del ente acusador, en punto de lo cual se han intentado varias fórmulas. En España, por ejemplo, el artículo 622 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que, cuando se hayan practicado las diligencias decretadas de oficio o a instancia del juez instructor, si este considerase terminado el sumario, lo declarará así, mandando remitir los autos y las piezas de convicción al Tribunal competente para conocer del delito.

Con ello se sigue el principio de acuerdo con el cual solamente se llevará a juicio a una persona cuando existan suficientes elementos para ello. De ahí que para autores como Montero (1994, p. 534), la etapa de investigación cumple en esencia dos finalidades: la preparación del juicio, en primer término, y la evitación de juicios inútiles, en el segundo. Señala además la norma en cita que cuando

no haya acusador privado y el Ministerio Fiscal considere que en el sumario se han reunido los suficientes elementos para hacer la calificación de los hechos y poder entrar en los trámites del juicio oral, lo hará presente al juez de instrucción para que, sin más dilaciones, se remita lo actuado al tribunal competente.

De acuerdo con ello, en España, el juez de instrucción criminal –que cumple unas funciones distintas a la del Juez de control de garantías en el sistema colombiano– es un filtro que revisa si existe suficiente mérito para iniciar un juicio contra una persona. Aquí, entonces, el juez tiene más influencia en el proceso al analizar de fondo la causa penal, y el decreto del archivo del proceso, sin que por ello se pueda desvirtuar el principio acusatorio en el proceso penal español que, en todo caso, se garantiza con el Ministerio Fiscal (también muy distinto a la Fiscalía colombiana) en el juicio. De esta manera, el legislador español optó por permitir una mayor participación del juez en el análisis de la actuación del fiscal en pro de asegurar que no se inicien juicios penales en contra de personas, sin el suficiente sustento.

En Italia, por su parte, el Ministerio Fiscal es igualmente quien detenta el monopolio de la acción penal como se infiere de los artículos 50, 405 y 416 del Código de Procedimiento Penal, y por ello, ostenta facultades respecto de la instrucción del proceso y la definición de las medidas alternativas a la persecución penal (artículos 444 y siguientes del Código de Procedimiento Penal). Se cuenta allí, además, con la figura del Juez de las Investigaciones Preliminares (Gómez, 1997, p. 339). De la misma forma, el referente constitucional por excelencia del proceso penal en Italia deviene del artículo 111 Superior, que describe los componentes del proceso justo (debido proceso). De esta norma se desprende la regulación contenida en el Código de Procedimiento Penal, “el órgano titular de la acción penal que da inicio al procedimiento es el Ministerio Público. El juez fija la audiencia preliminar” (Caso, 2003, p. 2). Así las cosas, después de esta audiencia preliminar tiene lugar la fase de investigación, y, si el Ministerio Público encuentra que existe suficiente material probatorio en contra del inculcado, solicita al juez que se llame a juicio al acusado, y formula la imputación.

Es llamativo en el sistema procesal penal italiano el poder del juez de la audiencia preliminar, quien puede ordenar al Ministerio Público, si considera que sus averiguaciones están incompletas, que realice las indagaciones a que haya lugar, “o puede disponer,

incluso de oficio, la asunción de las pruebas que indiquen de forma decisiva la necesidad de sentencia de cesación de procedimiento” (Caso, 2003, p. 9). Además, en el transcurso de esta audiencia preliminar, el Ministerio Público tiene la posibilidad de modificar la imputación. Desde esta perspectiva, pues, el proceso penal italiano es otro ejemplo en el cual un juez puede intervenir en la imputación que haga la Fiscalía, dado que, como se menciona, el fundamento de esta intervención también es el de asegurar que no se inicien los juicios sin suficiente sustento, incluso, dándole al juez la facultad de modificar la imputación.

A su turno, en Portugal, el fiscal es titular de la acción pública penal como se infiere del artículo 241 del Código de Procedimiento Penal, por lo que la fase de investigación es de su competencia, previéndose además un conjunto de medidas alternativas a la persecución penal (artículos 281 y siguientes). Asimismo, el fiscal también cuenta con funciones de ejecución penal como lo revela el artículo 469 del Código de Procedimiento Penal (Gómez, 1997, p. 339). En el sistema procesal penal portugués, se cuenta con una etapa de investigación preliminar, a la que se sigue la instrucción preparatoria, con la finalidad de establecer la materialidad del delito y la probable responsabilidad penal del infractor (Pinto, 1988, p. 59). Además, ese sistema jurídico dispone de un procedimiento penal abreviado que tiene como institución característica la realización de una audiencia oral y contradictoria, que se denomina *debate instrutório*, trámite que puede ser solicitado por la persona sometida a la potestad punitiva en un plazo que se cuenta desde la notificación de la acusación. Por ello se afirma que “la audiencia tendrá por finalidad determinar si los elementos de convicción existentes son suficientes para justificar el sometimiento del justiciable a juicio” (Maciel, 2003, p. 428). De esta manera, ese procedimiento es otro ejemplo en el que se admite que el juez participe en la imputación para garantizar que no se inicie un juicio sin suficiente sustento, creando un filtro previo antes del juicio.

En el contexto latinoamericano, puede comenzar hablándose de la legislación procesal chilena que implantó un sistema acusatorio a partir de la promulgación del Código Procesal Penal en el año 2000, pues, con antelación a ello, regía uno de carácter inquisitivo contenido en el Estatuto Procesal Penal de 1906 (Obando, 1999, pp. 31-39). Por ello, en virtud del principio acusatorio, el órgano jurisdiccional sólo puede intervenir en un asunto penal cuando se le

ha sometido a su conocimiento a través de una acusación; es por eso que encuentra plena justificación el axioma: si no hay acusador no hay juez (Castro, 2005, p. 345).

Los artículos 80A de la Constitución Política de la República de Chile y 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (LOCMP, 1999), prevén que dicho ente dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Tales normativas deben analizarse de manera armónica con el canon 77 del Código Procesal Penal Chileno, el cual establece que:

[l]os fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (Código Procesal Penal de la República de Chile, 2000).

De esta manera, se logró que las funciones de investigar y acusar fueran entregadas a un organismo autónomo denominado Ministerio Público, en tanto que la función de decidir fue atribuida a un órgano jurisdiccional colegiado integrado por tres jueces denominado tribunal de juicio oral en lo penal. Además, la función de controlar el respeto por las garantías individuales durante la etapa de investigación, así como en Colombia, fue encomendada por la ley al juez de garantía, tribunal unipersonal distinto del encargado de dirimir la controversia (Horvitz y López, 2002, p. 45). Ahora bien, en lo que mira con la estructura del acto de imputación, en el ordenamiento chileno se tiene que ella se enmarca en la etapa de formalización de la investigación, que se consigue cuando, frente al juez de garantía, el Ministerio Público le comunica al imputado que está adelantando una investigación por hechos que constituyen delito; esta formalización de la investigación no constituye acusación (Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia, 2005, p. 4).

La referida formalización de la investigación se lleva a cabo en audiencia, donde tendrá lugar el aludido acto de comunicación “para que el fiscal ponga en conocimiento del imputado, en presencia del Juez de Garantía, la circunstancia de estar llevando adelante una

investigación en su contra por uno o más delitos determinados” (Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia, 2005, p. 19). En esta etapa de cierre de la investigación en el proceso penal chileno, a diferencia de lo establecido en el estatuto procesal penal colombiano, se contempló en el artículo 232 la necesidad de que el fiscal exponga verbalmente los cargos que presenta contra el imputado y las demás solicitudes que procedan ante el juez, concediéndosele la oportunidad al investigado de manifestar aquello que considere pertinente. Con lo previsto en esta disposición, como es obvio, se abre la posibilidad de introducir un verdadero sistema penal de corte acusatorio en el modelo chileno porque se posibilita un debate jurídico entre las partes sobre los cargos imputados.

Y respecto del control que el juez de garantía debe efectuar sobre la imputación, algún sector de la doctrina refiere que sus posibilidades exceden el mero control formal para indicar que se trataría, entonces, de: (i) un control de legalidad fuerte, que exige de parte del juez un pronunciamiento que conlleve una opinión jurídica propia sobre el fondo de la calificación jurídica, o (ii) se trata de verificar la razonabilidad jurídica de la calificación de los hechos, o de comprobar la existencia de un “piso jurídico sensato” (Mera-Figueroa, 2002, p. 240). Para quienes afirman lo anterior, debe hallarse un equilibrio entre las actuaciones iniciales del procedimiento y el criterio de plausibilidad jurídica de la calificación realizada por el Ministerio Público, y, en tal sentido, no puede perderse de vista que la función del juez de control, no es la resolución del fondo del asunto, sino la verificación de la plausibilidad jurídica de la solicitud del fiscal.

En cuanto a la imputación, el artículo 390 del Código Procesal Penal chileno establece que, una vez recibida por el fiscal la denuncia de un hecho constitutivo de alguno de los delitos a que alude el canon 388 del mismo estatuto, aquél solicita al juez de garantía competente la citación inmediata a audiencia, a menos que sean insuficientes los antecedentes allegados. Este procedimiento, al igual que en Colombia, debe contener unos requisitos, entre otros, la individualización del imputado, una relación sucinta del hecho que se le atribuye y sus circunstancias relevantes, la disposición legal infringida, los elementos que fundamentan la imputación y la pena solicitada por el requirente.

De acuerdo con lo anterior, de cara al ordenamiento jurídico procesal chileno, que es muy parecido al nuestro, es igualmente pertinente la cuestión planteada en este trabajo sobre la necesidad de

que exista un debate en el acto de imputación relativo a la calificación jurídica que haga el ente acusador de los hechos imputados, ya no frente a la garantía de no iniciar juicios sin suficiente soporte, sino frente a la garantía del principio de legalidad y la función del juez de control de garantías, donde se evidencia que, de existir este control legal sobre la calificación jurídica que haga el ente acusador, no afectaría en nada el proceso.

Ahora bien, en la República de Argentina, la característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio radica en la división de los poderes que se ejercen en el proceso: de una parte, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente y, de otra, el imputado, quien tiene la facultad de resistir la imputación ejerciendo los derechos de defensa y contradicción, sin dejar de lado al tribunal, el cual tiene en sus manos el poder de decidir el fondo del asunto (Maier, 1989, p. 207). Por ello, la doctrina ha planteado la necesidad de que se introduzca la separación funcional entre acusación y juzgamiento a la luz de un postulado que ilumina la normativa procesal argentina. De acuerdo con Maier (1989), la actividad acusatoria o de persecución penal es, evidentemente, una función estatal con las excepciones que dicho ordenamiento concede en materia de delitos de acción privada o en el evento de la querrela, y ella se adscribe al Ministerio Público.

A su turno, la función de juzgar y penar es igualmente una función estatal que, aunque es provocada por la función acusatoria, ostenta naturaleza diferente de esta, y se encuentra “a cargo de tribunales imparciales del Poder Judicial (entre los que hay que incluir también al jurado popular)” (Cafferata, 2000, p. 91); algún sector de la doctrina estima que la imputación se perfecciona con la acusación, que esencialmente consiste en endilgarle a una persona alguna forma de participación en el acontecer delictivo y en el correlativo pedimento de que sea sometida a juicio por dichos hechos (Cafferata, 2012, p. 175). Por ello, se sostiene que la acusación solo es objeto de verificación judicial cuando expresamente el procesado o su defensor pretenden oponerse a ella, esto es, cuando se puede controvertir su mérito. En ese orden de ideas, la intervención del juez se restringe a la verificación de la plena efectividad de los mismos, por lo que su control no se centra en comprobar las razones de hecho o de derecho por las cuales la fiscalía se abstiene de acusar, sino que gira en torno a la posibilidad de establecer una eventual arbitrariedad y, en caso positivo, declarar la nulidad de la actuación

de acuerdo con el artículo 168 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina.

El juez no es, entonces, en semejante sistema, un simple convidado de piedra, pero tampoco le está permitido sustituir las funciones de otro órgano e imponer una acusación respecto de la que luego emitirá su criterio jurídico. Por supuesto, el aspecto importante encontrado en el proceso penal argentino es la posibilidad de que el juez decrete la nulidad de la actuación cuando la defensa y el imputado se oponen a la acusación –que incluye la imputación–, y, en el ejercicio del derecho de contradicción, el juez estima que se presentaron violaciones a las garantías del imputado, de donde se extrae la posibilidad de que él ejerza control sobre la calificación jurídica que haga el ente acusador, pero, eso sí, solo a petición de parte.

La República de Costa Rica tampoco fue ajena a la implantación de un sistema procesal penal con tendencia oral y acusatoria. En efecto, el Código Procesal fue publicado el 4 de junio de 1996 y las características esenciales del sistema se describen a continuación: juicio oral público y contradictorio como etapa fundamental del proceso penal; separación definitiva de las funciones investigativa y jurisdiccional; Ministerio Público dotado de los medios de investigación necesarios e idóneos para la consecución de una eficiente persecución penal; intervención del juez de garantía en la fase de investigación; garantía de defensa técnica a toda persona a partir del momento en que existen indicios de su vinculación a una investigación de carácter penal; implementación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos; y, para culminar, control respecto a la duración de la actuación penal. Por esa razón, la doctrina procesal penal especializada afirma que, en el ámbito de un sistema acusatorio material,

[e]l principio acusatorio significa que el órgano (estatal) habilitado para tomar la decisión de controversias de carácter penal no puede intervenir en el caso a menos que exista un pedido concreto de un particular, cuya actuación se desempeña fuera de la de cualquier órgano público o dependiente del Estado. Tanto en un sistema de acción privada, como en un sistema de acción popular, el órgano llamado a cumplir funciones decisorias necesita de la intervención de un particular que cumpla las funciones de acusador, solicite su pronunciamiento y, a la vez, defina el objeto de discusión (Bovino, 1997, p. 6).

A pesar de lo anterior, el Código Procesal Penal en examen consagra la figura de la nueva calificación jurídica y al respecto establece

que “si en el curso de la audiencia el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al imputado sobre esa posibilidad, para que prepare su defensa” (artículo 346 de la Ley 7.594), por lo cual se vislumbra normativamente que el juez no es totalmente ajeno a la adecuación típica de los hechos por parte del titular de la acción penal. De manera armónica, el canon 347 de esa misma codificación prevé el concepto de la ampliación de la acusación y le otorga al fiscal, durante el juicio, la facultad de incluir un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación que modifica la calificación legal, debiendo, en todo caso, advertir la variación de la calificación jurídica contenida en la acusación.

Es claro, entonces, que el proceso penal en Costa Rica permite al juez variar la calificación realizada por el órgano acusador, a pesar de tratarse de un sistema penal de corte acusatorio. Al parecer, la facultad para advertir al acusado sobre la posible adecuación jurídica diferente, no contemplada por las partes, tiene un carácter corrector y es propia del juez del proceso, quien es el garante de la legalidad que, en todo caso, debe ser más estricta si se trata de un caso penal.

Pasando a Perú, debe decirse que este país tampoco es ajeno al llamado principio acusatorio, pues, a través del Código Procesal Penal de 2004, se implantó un sistema procesal penal acusatorio-garantista con rasgos adversariales. De este modo, el Ministerio Público es el titular de la acción procesal penal y, en tal sentido, le está atribuido el rol de acusador. Lo anterior, de conformidad con la regla 159 de la Constitución. Del contenido de dicha normativa se vislumbra, pues, la evidente separación de las funciones de investigar y acusar, de la de administrar justicia a través de la creación de un ente autónomo e independiente, no otro que el Ministerio Público, a quien le compete decidir –con la mayor objetividad posible– la viabilidad de sostener una acusación. La constitucionalidad del principio acusatorio ha sido reconocida en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional de Perú, en los cuales se han destacado como características del sistema acusatorio las siguientes: a) que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ésta ser formulada por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni

a persona distinta de la acusada; y, c) que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad (Sentencia 2005-2006-PHC/TC).

Consecuente con la implantación de un nuevo sistema procesal penal, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú emitió la Queja N° 1678, de abril 13 de 2007, en la cual se precisó que el principio acusatorio constituye una de las garantías esenciales del proceso penal que delimita aspectos como la distribución de roles y los supuestos bajo los cuales se desarrollarán las actuaciones penales. Por eso, en dicha sentencia se precisó, además, que la función de acusación es privativa del Ministerio Público, motivo por el cual le está prohibido al órgano judicial ordenar al fiscal que acuse *–nemo iudex sine accusatore–*. No obstante, se aclara en el mencionado pronunciamiento un aspecto que es relevante para la tesis sostenida en el presente artículo y que alude a la viabilidad de que, acudiendo a una “ponderación de otros derechos fundamentales”, se obtenga la nulidad del procedimiento en aquéllas hipótesis en que la decisión del Ministerio Público “incurra en notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido que amerita nuevo pronunciamiento fiscal y en su caso la ampliación de la propia instrucción” (Espinoza, 2009).

De la anterior revisión del contexto del principio acusatorio y la imputación en diversos países que han implantado regímenes procesales de corte acusatorio puede concluirse que se observan ciertos rasgos similares en los sistemas estudiados, como la división funcional y la existencia de una etapa previa al juzgamiento. Asimismo, en todos los casos se pretende la protección de las garantías fundamentales implicadas en la actuación, especialmente los derechos de defensa y de contradicción. Podemos también señalar que en los países europeos existe un filtro en el proceso penal, en cuya virtud el juez interviene para garantizar que no se inicien juicios sin suficiente fundamento, pudiendo realizar un análisis de la imputación y, en algunos casos, tiene la posibilidad de variar la calificación jurídica.

Es más, en Latinoamérica (y conste que la tendencia se conserva en el reciente Código Nacional de Procedimientos Penales de México de 2014, vigente al 28 julio de 2015) se encontró que algunos países han planteado la necesidad de que el juez intervenga en el proceso para proteger las garantías fundamentales, entre ellas, el principio de legalidad, pudiendo, desde sus competencias, declarar nulidades

o variar la calificación jurídica e incluso adicionarla. En todos los sistemas penales analizados encontramos la aplicación del principio acusatorio, pero cada legislación ha procurado un mecanismo que le permite al juez controlar la actuación del fiscal, entre ellas, la calificación jurídica de los hechos. De acuerdo con esto, queda claro con el estudio del derecho comparado que un sistema penal de corte acusatorio no se contradice con el control que pueden ejercer los jueces sobre la calificación jurídica de los hechos que haga la fiscalía.

Alcance y finalidad del principio acusatorio en Colombia

Con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 en Colombia se implantó un sistema acusatorio de naturaleza adversarial –de partes– (Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 2010), regido bajo los principios de oralidad, concentración, contradicción, igualdad, publicidad, inmediación, entre otros, en el cual actúa como director del proceso un tercero imparcial denominado juez (Corte Constitucional, Sentencia C-260 de 2011), a quien, por mandato legal, le está prohibido ejercer algún tipo de control en torno a la denominación típica, dada por la fiscalía a las diversas conductas que por acción u omisión, lesionan los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal.

La figura del juez de control de garantías, introducida al nuevo sistema, obedece al diseño de una institución que controle el ejercicio de los poderes estatales en la búsqueda de la verdad, el acopio del material probatorio y la verificación de sospechas, “en el escenario de un sistema político-constitucional que consagra derechos y garantías para el ciudadano intervenido punitivamente” (Zuluaga, 2007, p. 134). Esta comprensión del rol del juez de garantías permite sostener la idea de un derecho procesal penal “dimensionado en clave de derecho constitucional aplicado” (Arango, 2010, p. 232), si se toma en cuenta, además, el desequilibrio existente entre las partes, que se evidencia con mayor intensidad en las fases iniciales del proceso penal.

En el proceso penal acusatorio se ha justificado la prohibición del control judicial sobre la imputación jurídica hecha por el fiscal, al considerar que el ejercicio de la acción penal es potestad de la Fiscalía General de la Nación y/o de sus delegados (artículos 250 de la Constitución Política y 66 de la Ley 906 de 2004) y, en tal medida, es el ente acusador quien decide, de manera autónoma, si en un determinado caso ejerce o no la acción penal; igualmente,

si renuncia a la misma en aplicación del principio de oportunidad, regulado en el artículo 321 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. Se requiere, así, de una acusación que active la intervención jurisdiccional, para que los jueces conozcan la pretensión punitiva de la Fiscalía en representación del Estado y adopten la decisión. Además, al acusado le asisten los mismos derechos que al acusador; por ello, se establece un debate oral, público, concentrado y contradictorio. Estas notas dominantes permiten la caracterización de un proceso penal como acusatorio (Carbonell, 2008, p. 67).

Para otros doctrinantes, el principio acusatorio se define como una de las piedras angulares del denominado sistema penal acusatorio, el cual es considerado además como el verdadero proceso penal (Gómez, 2003, p. 74), cuyos aspectos esenciales han sido clarificados así: la titularidad en el ejercicio de la acción penal radicada en la Fiscalía General de la Nación de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 03 de 2002; la división de las funciones de acusación y juzgamiento, garantizándose total independencia e imparcialidad en las distintas etapas del proceso penal y, finalmente, la autoridad judicial a quien se le atribuya el juzgamiento debe estar al margen de cualquier conocimiento previo a su actuación (Montero, 1994, p. 537). Posición similar esgrimen Sandoval y Del Villar (2013, p. 78) cuando insisten en que “[u]na de las características de este sistema es la separación que existe entre las funciones de acusación, defensa y juzgamiento”.

En ese orden, las principales manifestaciones de dicho postulado son las siguientes: ninguna persona puede ser condenada si no se ha formulado contra ella, evidentemente por un órgano distinto a quien tenga la función de juzgar, una acusación de la cual haya tenido la oportunidad de defenderse con todas las garantías; la imputación debe tener lugar en la etapa de instrucción; exige que el imputado no declare como testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en la ejecución del delito; y congruencia fáctica –identidad del hecho punible– y jurídica. Ésta última, en aras de que no se produzca indefensión (Jaén, 2008, p. 198).

Para recapitular, los contenidos del principio acusatorio en Colombia se reducen a las siguientes premisas: no puede existir condena sin acusación (acusación previa y sentencia posterior), las funciones de acusar y proferir sentencia no solo deben encontrarse claramente separadas sino, además, ubicadas en espacios diferentes, motivo por el cual a quien acusa le está vedado juzgar; el juez no

puede desbordar los límites de la acusación: principio de congruencia entre acusación y sentencia; la Fiscalía no debe estar legitimada para afectar derechos fundamentales ni adoptar decisiones con efectos de cosa juzgada, pues las mismas deben provenir de un tercero imparcial; y, se deben propiciar espacios para el reconocimiento de los derechos de la víctima: verdad, justicia y reparación (Urbano, 2013, p. 38).

La apreciación del principio acusatorio como pilar fundamental del denominado sistema acusatorio se encuentra también en los planteamientos de Bernal y Montealegre (2013, p. 197), quienes han sido enfáticos en atribuirle ciertas consecuencias, así: a) las funciones de instrucción y juzgamiento están atribuidas a dos órganos distintos e independientes; b) la decisión de responsabilidad penal debe definirse a petición de un órgano acusador; c) debe existir identidad entre la acusación y la sentencia; d) tiene aplicación legal el axioma denominado *reformatio in pejus*; e) la fase de investigación se concreta en una actividad preparatoria del juicio oral que aporta los presupuestos indispensables para que se materialice la garantía de contradicción; f) el proceso penal se traduce en una actividad propia del Estado y está regido por el principio de legalidad tanto de la actuación como de la prueba; y, g) la oralidad y la publicidad como aspectos formales que deben imperar en los procedimientos.

La esencia del principio acusatorio, en los términos en que se ha entendido en Colombia, se expresa entonces en su funcionamiento con la existencia de dos partes adversarias –Fiscalía y acusado (defensa)– y un tercero imparcial denominado juez, quien, fungiendo como un árbitro, decide a cuál de ellas le concede la razón, partiendo de las pruebas legalmente allegadas, incluidas y practicadas en la audiencia de juicio oral, y sometidas a la contradicción de la parte contraria –artículo 16 de la Ley 906 de 2004– (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de noviembre 27 de 2013). Por lo tanto, la denominación del proceso como ‘acusatorio’, tiene un fundamento propio y, por ende, no puede catalogarse como un simple apelativo que le otorga mayor valor al sistema, sino que debe ser visto como algo esencial dentro del Estado social de derecho (Corte Suprema de Justicia, sentencia de noviembre 27 de 2013), al hilo del cual se ofrecen unas garantías especiales derivadas de dicho modelo de procedimiento penal, que se entendió en su momento como más acorde con la forma de Estado concebido en la Constitución de 1991.

La jurisprudencia ha sido consistente en señalar que el sistema procesal penal acogido de manera progresiva en Colombia, a partir del 1° de enero de 2005 tiene sustento en el denominado principio acusatorio

[e]ntendiendo por tal, básicamente que no hay proceso sin acusación (*nemo iudex sine accusatore*), apareciendo como su nota más distintiva el hecho de que acusación no puede ser formulada por el mismo juzgador, esto es, existe separación absoluta entre las funciones de acusación y juzgamiento (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de octubre 16 de 2013).

En otros términos, en el sistema penal implantado a través de la Ley 906 de 2004, la demostración del delito –materialidad de la conducta y responsabilidad del autor– es una labor propia de la Fiscalía, la cual se enfrenta en igualdad de condiciones con la defensa, contienda que es dirimida por un tercero imparcial denominado juez. En este modelo de proceso penal claramente se diferencian entonces tres roles fundamentales: acusación, defensa y juzgamiento (Guerrero, 2005, p. 184). A este respecto, recuérdese que la Corte Constitucional señaló cómo el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo en Colombia la vigencia del principio acusatorio y, sobre el particular, precisó que hace alusión a la máxima *nemo iudex sine actore*, que significa la clara separación funcional entre el órgano que acusa y el que juzga (Sentencia C-591 de 2005).

Como es obvio, la consecuencia elemental del denominado principio acusatorio es que el juez es ajeno al conflicto entre las partes –Fiscalía y defensa– y, en tal medida, debe actuar con absoluta imparcialidad y plena garantía del derecho a la igualdad que es uno de los principios fundantes del Estado social de derecho. En cuanto a la imparcialidad, ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la misma debe entenderse en los siguientes términos:

[a]usencia de prejuicios o parcialidades en el juzgador que debe ser considerada tanto subjetiva como objetivamente. En el aspecto objetivo, todo juez en relación al cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe ser apartado, ya que lo que está en juego, según se manifestó, es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática (*Piersack vs. Bélgica*, 1982).

Aunado a ello se tiene que, de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal colombiano, los jueces, en ejercicio

de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento deben orientarse por el imperativo de “establecer con objetividad la verdad y la justicia” (art. 5° CPP). Esa objetividad significa que el juez es un tercero imparcial frente a la controversia que se suscita entre las partes, sin que de ninguna manera implique que le esté vedado actuar como garante de los derechos fundamentales, pues, en todo caso, está sometido al imperio de la ley como lo establece el canon 230 del Estatuto Superior.

Otro elemento esencial para que el principio acusatorio opere es el de la independencia que el funcionario judicial debe tener frente a los órganos legislativo y ejecutivo. El primero, en cuanto el Congreso no puede interferir en las decisiones judiciales ni someter al juez a presiones indebidas. Igualmente, el ejecutivo tampoco puede someter a un juez a presiones ni condicionamientos en el ejercicio de la actividad de administrar justicia. No es ocioso indicar, además, la incidencia de la garantía del derecho a conocer los cargos que pesan en su contra y de la situación fáctica que motiva la iniciación del proceso con que cuenta el sujeto pasivo de la acción penal, y el acto procesal de la formulación de la imputación. Estas aserciones tienen como consecuencia palmaria la imposibilidad de imponer una condena si, de manera previa, no se han formulado la imputación y la acusación, y si sobre estos extremos no se ha tenido la oportunidad de defensa y de contradicción. Por ello, es indispensable conocer los hechos materia de imputación y de acusación, sobre todo si se tienen en cuenta que “[q]uien no conoce los hechos que se le imputan se encuentra en un estado de indefensión, no puede realizar una defensa contradictoria, ni estaría en plano de igualdad de armas procesales” (Toro, 2012, p. 191).

Este conocimiento por parte de la persona procesada se extiende a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la denominación jurídica del hecho, el grado de participación, la sanción contemplada por el legislador y los elementos de convicción (con las restricciones propias en este sentido para la etapa de la imputación), y, en suma, no puede limitarse a una narración irrelevante jurídicamente, sino que debe comprender criterios normativos y su adecuación jurídica, “ya que sin lugar a dudas el acto de imputación tiene que estar irradiado por las garantías que establece el debido proceso” (Arango, 2010, p. 234). Para concluir este aparte, debe decirse con el profesor Ferrajoli, quien resume la esencia del principio acusatorio, que se denomina tal

[a] todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público, y resuelta por el juez según su libre convicción (Ferrajoli, 2001, p. 564).

Para el connotado autor, pues, el seguimiento de estos principios garantiza el mayor grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio, que redunden en la tutela de la persona contra la arbitrariedad (Ferrajoli, 2001, p. 34). Es evidente, entonces, que la facultad de imputar, y posteriormente de acusar, es un poder absoluto radicado en la Fiscalía, el cual no se encuentra sometido a límites o controles, motivo por el cual se corre el riesgo de que cualquier persona sea imputada o acusada sin un soporte razonable y, en el peor de los casos, sin fundamento alguno (Urbano, 2013, p. 19).

Variación de la imputación jurídica a solicitud del juez de garantías cuando se desconoce el principio de taxatividad

Desde el acápite introductorio se ha venido sosteniendo que el juez, en el proceso penal colombiano, debe tener expresas facultades para realizar un control respecto de la denominación jurídica que a los hechos le atribuye la Fiscalía cuando formula imputación, tesis que encuentra plena justificación y respaldo en cinco aspectos esenciales que se enunciarán ahora, pero que serán objeto de análisis con posteridad y a la luz de los pronunciamientos de las altas cortes, las cuales también se han ocupado recientemente del tema: el principio de taxatividad como integrante del postulado de legalidad y pilar fundamental del debido proceso previsto en el artículo 29 constitucional. Asimismo, el canon 230 *ibídem* que dispone que los jueces en sus actuaciones y decisiones están sometidos al imperio de la ley y el artículo 228 del mismo estatuto en torno a la prevalencia del derecho sustancial. Además, el principio acusatorio frente a los acuerdos y negociaciones, respecto de los cuales sí existe un control judicial por parte del juez de conocimiento (Bernal y Montealegre, 2013, pp. 898-899). También, la real y eficaz garantía de los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia, pues su intervención en el proceso penal no se limita al beneficio económico que pretenden obtener con la indemnización de los perjuicios, máxime cuando la Fiscalía debe orientarse por el principio de objetividad, con miras a establecer la verdad de los hechos (Bernal y Montealegre, 2013, p. 69 y ss.). Y, de igual forma, la facultad del juez de conocimiento de

realizar control a la acusación cuando existe vulneración grave al principio de taxatividad; y el principio de congruencia, el cual, en Colombia, se predica no sólo respecto de la acusación y la sentencia, sino además entre la imputación y la acusación.

El principio de taxatividad y la prevalencia del derecho sustancial

Debe recordarse que, inmerso en el derecho fundamental al debido proceso –artículo 29 del Estatuto Superior–, se encuentra el principio de determinación o taxatividad y es deber de los funcionarios judiciales, tal y como lo enseña la jurisprudencia, ejercer un control sobre el mismo (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de diciembre 5 de 2007). Ese mismo canon constitucional consagra el denominado principio de legalidad o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, postulado ampliamente reconocido y aceptado como inherente al Estado social de derecho, sobre el cual se sustenta la taxatividad que se predica del derecho penal, característica con la cual se garantiza, entre otros aspectos, la seguridad, para quienes infringen la ley, de que la pena será impuesta por el juez competente y que este deberá aplicar la definida previamente en la ley (Corte Constitucional, Sentencia C-739 de 2000).

El principio de legalidad representa, entonces, para el imputado dentro del proceso acusatorio, la garantía o seguridad de que tanto el delito como la sanción penal deben estar determinados en una ley previa, sin que ello genere confusiones o interpretaciones ambiguas. Dicho postulado ha sido el resultado de una evolución dogmática que se fundamenta sobre tres bases teóricas: garantizar la realización de la justicia en condiciones de plena igualdad; obtener la más completa satisfacción posible de la pretensión penal material; y el monopolio de la acusación en poder de órganos de persecución penal (Sintura, 2005, p. 29).

Por ello, a la Fiscalía General de la Nación le corresponde la titularidad de la acción penal y, acorde con el principio de legalidad, deberá actuar ante la existencia de hechos que revistan las características de un delito, realizando, por lo demás, una correcta adecuación típica de los mismos en garantía de dicho postulado, sin dejar de lado que el acto de la imputación ya supone, de alguna manera, el cuestionamiento de la presunción de inocencia (Arango, 2010, p. 238). Entonces, si el fiscal no respeta esa garantía constitucional y judicial, surge la necesidad de que exista un control

por parte del juez de control de garantías, quien debe propender por su materialización real y efectiva. Incluso, es la propia Constitución la que le impone al funcionario judicial asegurar el respeto de los valores, principios y derechos constitucionales de manera razonable (Bernal y Montealegre, 2013, p. 60).

Cabe, entonces, añadir en defensa de la necesidad de control material por parte del juez de control de garantías que, si la intención del legislador hubiese sido la de regular la formulación de la imputación como un mero acto de comunicación formal, no habría dispuesto que es necesario llevarlo a cabo en audiencia frente a un juez, sino que bastaría al efecto que la diligencia se hiciese con prescindencia del juzgador y solamente ante la Fiscalía. Igualmente, si se trata de una sencilla comunicación formal, sin posibilidad alguna de control material, podría afirmarse que existen esferas del proceso penal donde no es necesaria la vigilancia sobre el respeto de las garantías de los intervinientes, postura que desde ningún ángulo se sostiene.

Es de resaltar que, en el ámbito doctrinario, algunos autores han avalado, incluso, la figura del rechazo de la imputación frente a determinadas hipótesis y uno de los argumentos que respaldan esa postura es que el juez tiene el deber ineludible de velar por la legalidad del proceso y la garantía de los derechos de quienes intervienen en la actuación penal (Bernal y Montealegre, 2013, pp. 152-153); ello, sin lugar a dudas, significa que su rol al interior del proceso y, concretamente, en la imputación, no puede ser el de un simple espectador. Otros autores insisten sobre este entendimiento puesto que si se concibe la figura del juez de control de garantías como la de un convidado de piedra en la diligencia, se entendería que no cumple con ningún cometido en procura de la efectividad de los derechos sustanciales, y tal no es el espíritu del instituto del juez de control. Así las cosas, en eventos como el de la discordancia entre la narración de los hechos presentada por el fiscal y la calificación jurídica asignada a los mismos, “el juez está obligado a rechazar la imputación y sobre esta decisión no cabría ningún recurso” (Rojas, 2010, p. 205).

Por tal razón, la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de octubre 16 de 2013) ha precisado en múltiples pronunciamientos que el juez de conocimiento tiene la potestad de declarar la nulidad de formulaciones de imputación, dentro de su independencia y autonomía judiciales, pues no se halla forzado a admitir la denominación jurídica que a los hechos le atribuye la Fiscalía. A renglón seguido, cuestiona tal apreciación, habida cuenta de que la misma

desnaturaliza la esencia del sistema acusatorio adversarial y desdibuja la separación de funciones –acusación y juzgamiento– que caracteriza el denominado principio acusatorio, en tanto se le permite al juez prácticamente imponer su particular teoría del caso frente a los hechos, cuando la definición de la misma es potestad exclusiva del ente fiscal. Desde luego, añádase, esa crítica no resulta suficiente para dejar de lado el principio de legalidad en tanto integrante del derecho fundamental al debido proceso, como tampoco la garantía de respeto de los derechos de las víctimas a la verdad y la justicia, cuando la denominación jurídica que a los hechos le atribuye el titular de la acción penal difiere notablemente del acontecer fáctico.

El control judicial respecto de los acuerdos y negociaciones

Tratándose de los llamados preacuerdos, no existe mandato legal que ordene su aprobación integral, pues el inciso 4° del canon 351 de la Ley 906 de 2004 es claro al establecer que aquellos obligan al juez de conocimiento, siempre y cuando no vulneren o quebranten garantías fundamentales, cuya titularidad no es exclusiva del acusado, sino también de las víctimas; ahí es, precisamente, donde surge incuestionable el respeto por el principio de taxatividad. Por ello, resulta atinado indicar que la Corte Suprema de Justicia señala que si el juez, al examinar un preacuerdo o negociación encuentra que en su integridad o en alguno de sus aspectos se vulneran las garantías fundamentales, debe declararlo así y, al mismo tiempo, establecer qué parte del preacuerdo se ajusta a la Constitución y a la ley, porque no tiene sentido invalidar aquello que se ajusta al derecho (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de septiembre 12 de 2007).

En ese orden de ideas, es viable desaprobar los preacuerdos cuando los mismos desconocen garantías constitucionales o no se ajustan al principio de legalidad, frente a lo cual el juez no puede asumir una actitud pasiva, ser un simple espectador o un convidado de piedra. Una errónea adecuación típica de la conducta, sin lugar a dudas, se traduce en una vulneración del principio de legalidad y debe permitirse la intervención del juez dentro del deber que le asiste de ejercer un control constitucional y legal respecto de la actuación penal, toda vez que esta intervención se encuentra encaminada a proteger los intereses constitucionales que se imbrican en la actuación, no simplemente un acto de comunicación formal, y tal proceder de carácter global conduce a una “legitimación interna dentro de la misma audiencia” (Rojas, 2010, p. 204).

En el caso analizado por la Corte en la decisión citada, el tribunal de segunda instancia declaró la nulidad parcial del acuerdo celebrado entre las partes, pues, en su criterio, la imputación por el delito de lesiones personales no era congruente con los hechos sucedidos, a lo que denominó supuesto fáctico real, en la medida en que de los elementos probatorios era acertado inferir la comisión de un delito de tentativa de homicidio y, por ende, la imputación, en los términos así indicados, no podía constituir fundamento válido de un fallo condenatorio. En sentir de esa alta Corporación, le asistió razón a la segunda instancia cuando invalidó el acuerdo celebrado entre las partes, pues “no se hace justicia material cuando el fallo no tiene un referente fáctico correcto” (Corte Suprema de Justicia, sentencia de septiembre 12 de 2007), apreciación que indudablemente respalda la tesis planteada en este trabajo, en el sentido de que en la adecuación típica de la conducta debe respetarse el principio de determinación, pues en la hipótesis contraria no se le permitiría a las víctimas la garantía de los derechos a la verdad y la justicia.

Acertó, pues, el tribunal cuando anuló la imputación por el delito de lesiones personales, dado que de los elementos materiales probatorios podía inferirse que los acusados le propinaron múltiples disparos a la víctima y uno de ellos le impactó el tórax, por lo que para la Corte resultó disparatado que se aludiera a unas lesiones personales sin desconocer –además– que el monto de la pena en ese caso concreto iría en contravía del principio de proporcionalidad que rige las sanciones penales, si se tiene en cuenta la gravedad del comportamiento. De este modo, concluyó la Corte, que “el homicidio agravado en grado de tentativa era un asunto tan evidente que no se podía desconocer” (Corte Suprema de Justicia, sentencia septiembre 12 de 2007).

En fin, a este respecto recuérdese que, en materia de preacuerdos, al ser analizado el numeral 2° del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, en lo atinente a los términos de la imputación, se declaró exequible de manera condicionada la aludida normativa en aras de salvaguardar, precisamente, la legalidad de los preacuerdos celebrados entre las partes en el proceso penal. El fundamento central de dicho pronunciamiento consistió en que a la Fiscalía le está permitido tipificar el comportamiento de manera específica, con miras a disminuir la pena y, asimismo, excluir alguna causal de agravación punitiva o un cargo específico en el entendido de que “no puede darles a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda” (Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005).

Obsérvese cómo el propio órgano de cierre en materia constitucional, fijó el criterio de que, tratándose de negociaciones con el imputado o acusado, las mismas deben estar regidas por los postulados de legalidad, taxatividad, transparencia y lealtad con la administración de justicia, al momento de atribuirle a los hechos una denominación jurídica concreta. Lo anterior significa, entonces, que en la labor del fiscal de realizar la adecuación típica de los hechos, cuando de preacuerdos se trata, la discrecionalidad de dicho ente no puede ser absoluta, pues de ninguna manera está facultado para excluir elementos relevantes en aras de llevar a feliz término una negociación. También, téngase en cuenta al respecto que, si bien el fiscal es el titular de la acción penal, no cuenta con absoluta libertad para escoger en forma deliberada el tipo penal al cual se adecuan los hechos materia de investigación, pues, en todo caso, ese proceso de adecuación típica debe guardar armonía y correspondencia con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos. Sobre ese particular, la Corte Constitucional, en el fallo citado, precisó: “[e]l Fiscal no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta [léase imputar], pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso”.

Tal criterio fue reiterado por la Corte Constitucional cuando, al referirse a la figura de los acuerdos y preacuerdos, señaló que la existencia de tales mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, por sí mismos, no desconocen el debido proceso como garantía fundamental, máxime cuando el fiscal no es absolutamente discrecional al momento de tipificar la conducta punible en tanto que, “en la valoración del acuerdo, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado y de la víctima” (Sentencia C-059 de 2010). De esta forma, a pesar de que la Fiscalía tiene, de conformidad con la Constitución, la competencia exclusiva para iniciar la acción penal, lo cierto es que la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia han aclarado que la calificación jurídica de los hechos no es una potestad discrecional de la misma, y, por ello, se encuentra sometida a control judicial y a debate por parte de la defensa cuando dicha calificación afecte el principio de determinación o taxatividad.

La garantía de los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia

No puede desconocerse que el proceso de adecuación típica también tiene incidencia en los derechos de las víctimas a la verdad y a

la justicia, de ahí que la denominación jurídica que la Fiscalía atribuya a los hechos debe estar regida por el postulado de taxatividad. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al referirse al tema de las negociaciones, fue clara al sostener que las mismas deben llevarse a cabo

[d]entro de márgenes de razonabilidad jurídica, es decir, sin llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 12 de septiembre de 2007).

Ese margen de discrecionalidad que tiene la Fiscalía no puede, de manera alguna, ser absoluto. Cada que dicho ente califica jurídicamente los hechos sometidos a su investigación, lleva a cabo un juicio de valor que el legislador ha excluido de control judicial con fundamento, precisamente, en la titularidad que, de la acción penal, ostenta de manera exclusiva. Sin embargo, los límites del fiscal en cumplimiento de dicha labor han sido, aunque de manera tímida, sentados por cierta parte de la jurisprudencia nacional y se centran principalmente en el respeto de los derechos de las víctimas a obtener justicia y a conocer la verdad de los hechos, propósito que puede catalogarse como razonable a la luz de nuestro Estado social de derecho.

Dicha postura encuentra reparos en cierto sector del derecho comparado; es así como, en la legislación procesal chilena, el juez solamente constata la razonabilidad jurídica de la calificación de la conducta. Se ha expresado al respecto lo siguiente:

[e]n estos supuestos, entonces, el juez de garantía únicamente verificaría la razonabilidad jurídica de la calificación de los hechos efectuada por el fiscal, controlando su plausibilidad dogmática, pero no ejecutaría un control de legalidad fuerte que conlleve un pronunciamiento autónomo o la expresión de una opinión jurídica propia sobre el fondo de la calificación jurídica de los hechos materia de la investigación. De lo contrario, se corre el riesgo de suponer al Ministerio Público incluido en el poder judicial y bajo la supervisión directa de los jueces al ejecutar su labor requirente, imponiéndole los criterios jurisprudenciales utilizados por la judicatura, por vía directa o indirecta (Rodríguez, 2013, p. 675-676).

No puede desconocerse, además, que la Fiscalía General de la Nación debe enmarcar sus actuaciones dentro del denominado

principio de objetividad de acuerdo con los dictados del artículo 115 de la Ley 906 de 2004, pues la finalidad del proceso penal no se circunscribe a la demostración de la materialidad de la conducta y de la responsabilidad de su autor, sino que se hace extensiva –tal como lo ha reconocido en múltiples oportunidades nuestro máximo tribunal en materia constitucional– a la efectiva garantía de los derechos de las víctimas, a la denominada triada de verdad, justicia y reparación (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002).

Desde luego, este es otro de los fundamentos por los cuales se considera de suma importancia que el juez de control de garantías ejerza un control sobre la adecuación típica que de la conducta realiza la Fiscalía al momento de la formulación de imputación, pues a las víctimas les asiste el derecho a que exista una congruencia entre los hechos realmente sucedidos y su denominación típica, en aras de la mayor coincidencia entre la denominada verdad procesal y la verdad real. Es así como el juez de control de garantías debe requerir al fiscal en la audiencia de formulación de imputación, para que aquél realice una adecuación correcta de los hechos jurídicamente relevantes, no sólo en garantía del principio de determinación, sino en procura de hacer efectivos los derechos de las víctimas a la verdad y la justicia.

Los detractores de esta posición (Bernal y Montealegre, 2013, p. 779) aducen que tal situación no permite mantener incólume el denominado principio acusatorio, como que tampoco garantiza el postulado de imparcialidad, en la medida en que el juez podría interferir en el ejercicio de la acción penal, cuya titularidad es exclusiva de la Fiscalía en representación del Estado. Sin embargo, no puede obviarse que el sistema de enjuiciamiento que se introdujo en Colombia a través del Acto Legislativo 03 de 2002 no es puramente acusatorio, sino mixto, en la medida en que está influenciado por los sistemas anglosajón y continental europeo (Guerrero, 2006, p. 1056).

Por ejemplo, en aquellos países que están regidos por un sistema acusatorio puro, los denominados jurados de conciencia también están reglamentados (López, 2012, p. 1397 y ss.), lo que no acontece en Colombia, pues, a pesar de que en el aludido Acto Legislativo se hizo mención a la posibilidad de que los particulares pudiesen actuar como jurados en las causas criminales, en la Ley 906 de 2004 nada se dijo al respecto, lo cual ratifica que efectivamente en nuestro país el sistema procesal no es puramente acusatorio y, en tal medida,

no se halla dificultad alguna para que el juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación, tenga la potestad de requerir a la Fiscalía para que realice una correcta adecuación típica de la conducta, sin que ello implique, como se ha sostenido por muchos, que se desdibuje o desnaturalice la esencia de nuestro sistema procesal penal.

El juez de control de garantías no puede cumplir, entonces, una función de simple espectador, por el contrario, debe desempeñar un rol activo en la defensa de los derechos fundamentales de los intervinientes en todo momento procesal en que sea pertinente su participación, aun cuando no es ésta la única postura existente, toda vez que

[s]i bien la Ley 906 dispuso que su función tendría que desarrollarse bajo la perspectiva de un auténtico juez constitucional, dinámico, controlador, que ejerce control material a la imputación, otros sostienen que su función es solo formal, en cuanto ante él no se discute la responsabilidad penal (Sandoval y Del Villar, 2013, p. 79).

Al respecto, recuérdese que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a propósito de la variación de la imputación jurídica por parte de la Sala de conocimiento de Asuntos de Justicia y Paz, ha hecho expresa la facultad para tal modificación, con fundamento en el ejercicio del control material. La aludida Corporación sostuvo sobre el particular, y refiriéndose a la intervención de la Sala de Justicia y Paz, que

[e]stá en la obligación de verificar, ya sea por iniciativa propia o en virtud de la controversia que planteen los intervinientes, en especial las víctimas y el Ministerio Público, no sólo que los estándares mínimos de verdad, dentro del contexto del grupo armado, se han respetado, sino que lo definido típicamente se corresponde con la realidad (Corte Suprema de Justicia, Auto de marzo once de 2010).

Y aunque el organismo citado aludió en dicho pronunciamiento a aquellos asuntos que se tramitan de conformidad con la Ley de Justicia y Paz, dentro de un contexto de interpretación razonable y sistemática, deja entrever la posibilidad de que el juez de control de garantías pueda intervenir con la finalidad de proteger el principio de determinación; en otros términos, que lo definido típicamente por el ente acusador se corresponda con la realidad, en aras de que prevalezca el derecho a la verdad. Y es que, desde una perspectiva más cercana al principio de legalidad, el margen de

discrecionalidad de la Fiscalía se ve seriamente limitado, toda vez que la denominación jurídica que se atribuye a una determinada conducta es un imperativo del que únicamente puede prescindirse frente a circunstancias previamente reguladas (Barbosa, 2005, p. 90).

Si la Fiscalía, como titular de la acción penal, contara con un margen absoluto de discrecionalidad al momento de encuadrar los comportamientos en los tipos penales descritos por el legislador, se desconocerían todas las garantías inmersas en el artículo 29 de la Constitución Política, en tanto que se soslayarían los postulados de verdad y justicia a que tienen derecho las víctimas en vigencia de la Ley 906 de 2004, los mismos que sin lugar a dudas deben ser reconocidos por el propio ente fiscal. Igualmente, es el juez quien, como máximo director del proceso penal, debe cumplir el mandato constitucional del artículo 230 según el cual los jueces solo están sometidos al imperio de la ley, y, en virtud de ello, siempre serán garantes del cumplimiento de la misma; por ello, en su función de control de garantías tienen el deber de verificar la legalidad de la imputación y ello no implica la intromisión en la función de la Fiscalía de acusar, pues se supone que ella tiene sus argumentos para soportar su calificación jurídica de conformidad con la ley.

Control de la acusación por vulneración grave al principio de taxatividad

Otro de los argumentos que respaldan la tesis aquí planteada, es el de la facultad otorgada al juez de conocimiento de realizar el control a la acusación cuando existe grave vulneración al principio de taxatividad, potestad que ha sido definida por la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos y que, sin lugar a dudas, constituyen un referente valioso, en la medida en que esos mismos argumentos son de gran utilidad para establecer la necesidad de que el juez de control de garantías intervenga desde la imputación en aquéllas hipótesis en las cuales la Fiscalía no respeta el principio de legalidad al momento de realizar la adecuación típica de las conductas.

Al respecto, se debe recordar que la Corte Suprema de Justicia al decidir la tutela interpuesta por una fiscal seccional de la ciudad de Pereira por presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso –por cuanto el tribunal de esa capital improbo un preacuerdo celebrado con el acusado de un delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, por presunto desconocimiento del

principio de legalidad–, aclaró que no es acertada la idea difundida entre los servidores judiciales en el sentido de que el juez no puede ejercer ningún tipo de control a la Fiscalía en los procesos tramitados bajo el imperio de la Ley 906 de 2004 y, en virtud de ello, consideró necesario efectuar algunas precisiones sobre el particular señalando que, por regla general, es improcedente el control material de la acusación, pero en el caso de actuaciones que, de forma grosera y arbitraria, vulneren las garantías fundamentales de las partes y los intervinientes, el juez podrá efectuar el control que supere lo formal (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de octubre 16 de 2013).

Igualmente, sintetizó las razones en las cuales se fundamenta la facultad del juez para hacer el aludido control material; con base en ellas puede afirmarse que aquel debe vislumbrarse incluso desde el mismo momento de la imputación en sede de garantías: en primer lugar, no puede desconocerse que, conforme a los principios que orientan el sistema penal acusatorio introducido con el Acto Legislativo 03 de 2002, las garantías fundamentales de las partes e intervinientes en la actuación procesal, no pueden ser vulneradas, trátase de procesos ordinarios o abreviados, esto es, aquellos que culminan por aceptación unilateral de cargos, preacuerdos o por aplicación del principio de oportunidad.

El propio ordenamiento jurídico le impone al juez el deber de hacer control material para salvaguardarlas, mandato que se ve reflejado en innumerables disposiciones de la Constitución Política, entre otras, en los artículos 1, 4, 13 y 228, los cuales se refieren, en su orden, a la categoría de derecho que se le otorga al Estado colombiano, la superioridad de la Constitución al atribuirle la calidad de norma de normas, la igualdad de trato jurídico en las actuaciones penales y la prevalencia del derecho sustancial en el desarrollo de las mismas (Corte Suprema de Justicia, Sentencia octubre 16 de 2013). Esta posición es sostenida por Arango (2010), quien no duda al indicar que la imputación no puede agotarse en un simple acto de impulsión procesal o acto de comunicación, y sin llegar al extremo de la imposición de criterios por parte del juez, o de la invasión de las funciones del titular de la acción penal “todo parece indicar que es necesario que se ejerza un control material sobre el mismo” (p. 236).

En segundo lugar, el denominado control constitucional que se le confía al juez involucra asimismo un control material, dado que a

este funcionario se le encarga, entre otros, la guarda de los principios de establecer con objetividad la verdad y la justicia, el obrar con sujeción a la legalidad, el respeto por los derechos fundamentales de las personas que intervienen, la eficacia de la justicia y la prevalencia del derecho sustancial (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de octubre 16 de 2013).

En tercer lugar, si bien la Fiscalía es la titular de la acción penal, los pilares constitucionales enunciados con antelación también le atribuyen al juez el deber de administrar justicia en un caso concreto, pues, si aquella debe comunicar al indiciado unos hechos jurídicamente relevantes a la luz del derecho penal y a partir de ese momento se formaliza la relación jurídico-penal, surgen de este modo derechos y deberes de naturaleza sustancial para las partes –Fiscalía y defensa– e intervinientes, por cuya protección y efectividad debe velar el juez en todo momento procesal y, así, lograr el ideal de justicia material por el que propende nuestro Estado social de derecho. El control sobre la imputación no puede ser, entonces, meramente factual sino también comprensivo de lo jurídico (Sandoval y Villar, 2013, p. 82).

La Corte Suprema de Justicia, en la decisión a la que se ha hecho referencia en torno a la intervención excepcional del juez de control de garantías en la imputación, puntualizó que debe respetarse la iniciativa de la Fiscalía en lo relativo al supuesto fáctico y que, respecto de la atribución jurídica el control material, es excepcional, como cuando se vulnera la tipicidad o la legalidad en un allanamiento o en un preacuerdo o en el juicio, cuando el error en el *nomen iuris* lesiona los derechos y garantías de las partes o de los intervinientes (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de octubre 16 de 2013).

Este argumento respalda la postura que aquí se adopta, en la medida en que el juez de control de garantías de ninguna manera puede convertirse en un simple espectador, máxime cuando se trata de velar por el respeto a la determinación como integrante del principio de legalidad, bien sea en un proceso ordinario o abreviado, pues, es a partir de la imputación que el indiciado es vinculado formalmente al proceso penal y desde ese momento surgen para él un conglomerado de derechos que deben ser garantizados no de manera puramente formal, sino material. En otras palabras: aunque la imputación es de carácter provisional, ha de ser fáctica, circunstanciada y jurídica, “pero íntegra en relación con el tipo objetivo y subjetivo” (Sandoval y Villar, 2013, p. 83).

Postura similar es la adoptada por Toro (2012), cuando señala que la conducta que se va a atribuir al procesado debe adecuarse al tipo penal, tanto desde la estructura del tipo objetivo como la del tipo subjetivo, para lo cual debe compararse la conducta con la individualización típica, si lo que se quiere es un “acto de imputación con pretensiones de validez” (p. 200). Es cierto que al ser la Fiscalía la titular de la acción penal se enerva toda posibilidad de que el juez desconozca la imputación fáctica que se hace en la respectiva audiencia preliminar, y respecto de las actuaciones que se surtan con posterioridad no existe tal limitación, pues la intervención del juez debe ser activa, en procura del respeto de las garantías de las partes e intervinientes, ejerciendo de este modo y como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, un “control jurisdiccional material”, que es producto de un deber de origen constitucional, “específicamente en lo que atañe a la estricta tipicidad” (Sentencia de octubre 16 de 2013).

Es de resaltar que la Corte Constitucional también ha hecho alusión al deber de la Fiscalía de acatar, en sus actuaciones, los postulados de legalidad y taxatividad. Fue así como, en decisión de constitucionalidad, al declarar exequible el numeral 2º del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, señaló al respecto que la facultad de la Fiscalía de tipificar la conducta en los eventos de allanamiento o preacuerdos no significa que pueda violarse la garantía constitucional de la legalidad, que debe corresponderse con el marco fáctico real que motiva la investigación penal (Sentencia C-1260 de 2005). Además, en la decisión de la Corte Suprema de Justicia a la cual se ha hecho referencia, y con fundamento en el citado precedente constitucional, aquella colegiatura fijó su criterio en torno al control material por parte del juez en los siguientes términos: “[e]xcepcionalmente el juez debe ejercer control material para preservar las garantías de las partes e intervinientes en los procesos penales (ordinarios o abreviados)” (Sentencia de octubre 16 de 2013).

Esa corporación, incluso con antelación a dicho pronunciamiento, había indicado como regla general que la acusación del fiscal en los procesos regidos por las disposiciones de la Ley 906 de 2004 no podía ser controvertida; sin embargo, admitió algunas excepciones al plantear, especialmente, el caso que se presenta cuando la adecuación típica que la Fiscalía hace de los hechos comporta una lesión manifiesta a las garantías fundamentales (Corte Suprema de Justicia, auto de mayo 16 de 2007). En otra ocasión, sostuvo que si la adecuación típica lesiona o rompe el principio de legalidad, ello habilita al juez para

intervenir, pues la admisión de responsabilidad es formal por la violación de derechos y garantías superiores (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de febrero 6 de 2013).

Así las cosas, se puede concluir que, si el juez de conocimiento y solo por vía excepcional está facultado para realizar un control material a la acusación dentro de unas pautas de razonabilidad jurídica, situación análoga podría predicarse respecto al juez de control de garantías y, concretamente, en lo atinente a la imputación, pues es a partir de dicho acto de vinculación que surgen derechos para el imputado, motivo por el cual no es suficiente y en garantía del principio de taxatividad, que únicamente se autorice un control respecto de la acusación, en la medida en que, se insiste, el mismo debe hacerse extensivo a la imputación jurídica.

Por estas razones, autores como Rojas (2010) defienden que más allá de considerar a la imputación como un simple acto de comunicación deben analizarse los efectos globales que dicho acto procesal tiene sobre los derechos fundamentales de los asociados, y, especialmente, su impacto sobre el derecho de defensa, puesto que si se prohija una visión limitada como la que aquí se rechaza, “nos estaríamos quedando cortos respecto de los alcances mismos de la imputación, puesto que es allí donde se activa el derecho de defensa” (p. 204).

El principio de congruencia entre la imputación y la acusación

Es importante señalar que otro de los fundamentos por los cuales se considera necesario que exista un control en la imputación por parte del juez de control de garantías, es debido a que la congruencia en Colombia no se predica únicamente entre la acusación y la sentencia, sino, además, entre la imputación y la acusación, de tal manera que si se vislumbra incongruencia entre estos dos actos bien podría plantearse una nulidad. Tampoco puede soslayarse el hecho de que la acusación en todo caso debe hallarse acorde con el principio de determinación, siendo necesario, entonces, que se respete desde el mismo acto de vinculación del imputado al proceso penal. Téngase en cuenta que a través del Acto Legislativo 03 de 2002 se incorporó en nuestro país un sistema procesal penal con una marcada tendencia acusatoria (aunque sigue siendo mixto, como ya se dijo) y en el cual el principio de congruencia reviste una trascendencia bastante significativa en garantía del derecho de defensa.

En torno a las características propias del postulado de la congruencia, la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de los artículos 6 y 448 –parciales– de la Ley 906 de 2004 se refirió a ella indicando sus rasgos esenciales: (a) la congruencia orienta las relaciones entre la formulación de la acusación y la sentencia; (b) orienta asimismo el vínculo entre la formulación de la imputación y la acusación; (c) la acusación no puede incorporar hechos nuevos no imputados al procesado; (d) la valoración jurídica puede sufrir modificaciones, por el avance mismo de la labor investigativa (Sentencia C-025 de 2010). A través de dicho pronunciamiento, el máximo tribunal en materia constitucional fue enfático al resaltar que la aplicación del principio de congruencia opera también entre el acto de formulación de imputación y la audiencia de acusación, sin embargo, clarificó que tal armonía se predica única y exclusivamente en el aspecto fáctico, por lo que no resulta viable que la acusación comprenda hechos nuevos que no fueron objeto de imputación, es decir, respecto de los cuales el acusado no tendría la oportunidad de defenderse.

Ahora bien, atendiendo al principio de progresividad por el que se orienta el proceso penal, es factible que la denominación jurídica que se le atribuye a los hechos varíe entre la imputación y la acusación, sin que ello conlleve afectación de garantías fundamentales, pues no se olvide que como resultado de la labor investigativa bien podrían aparecer nuevos elementos de conocimiento que conducirían a variar la calificación jurídica. Precisamente, para formular una imputación se requiere una inferencia razonable de autoría o de participación, en tanto que, para la acusación, se exige un grado mayor de conocimiento denominado probabilidad de verdad, momento para el cual se cuenta con una investigación formal bastante perfeccionada que permitirá una comprensión mayor acerca de los hechos que serán materia de juzgamiento.

Ese organismo judicial consideró que se afectaría de manera ostensible el derecho de defensa en la hipótesis de no exigirse la aplicación del principio de congruencia entre la imputación de cargos y la formulación de acusación, haciendo claridad en el sentido de que la armonía que se predica es de orden puramente fáctico por lo que –en atención a la progresividad a la cual se ha hecho mención– la denominación jurídica de los hechos ostenta una naturaleza provisional y, en tal medida puede variar dentro de unos parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

Lo cierto es que, en todo caso, una variación fáctica modifica sustancialmente la adecuación jurídica, en cuanto a que ciertos hechos podrían significar la configuración de una circunstancia o de otro delito especial agravado o atenuado; por esta razón, no parece tan sencillo que se pueda variar la calificación jurídica dejando inmutables la realidad fáctica en la imputación. Por ello, se encuentra que desde la imputación es muy difícil variar la adecuación jurídica sin modificar la realidad fáctica y que desde la misma imputación –con base en los hechos expuestos por el ente acusador– se presenta la obligación de la Fiscalía de realizar la adecuación jurídica de los hechos conforme a la ley y, cuando, el fiscal falla en dicha obligación, le compete al juez corregir para garantizar los derechos fundamentales del procesado y de las víctimas.

Recapitulando, debe decirse que la aludida corporación sostuvo que el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, interpretado de conformidad con los artículos 29 y 31 superiores y 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conlleva el entendimiento de la congruencia como igualmente aplicable a la relación existente entre la imputación y la acusación. Incluso, la Corte Suprema de Justicia también se ha ocupado de analizar dicho aspecto y, en decisión reciente, señaló que la imputación fáctica debe ser simétrica con la acusación, y que el fiscal tiene la posibilidad de precisar las circunstancias del comportamiento, pero sin que pueda afectarse el núcleo fáctico fundamental de la acusación (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de octubre 16 de 2013). En ese orden de ideas, ostenta una especial relevancia el principio de congruencia entre la imputación y la acusación y, si ello es así, surge la necesidad de que el juez de garantías intervenga desde aquella audiencia preliminar con la finalidad de que la adecuación típica que de los hechos realiza la Fiscalía, respete el principio de taxatividad como integrante del debido proceso plasmado en el artículo 29 de la Constitución Política.

Conclusiones

De conformidad con lo expuesto en este trabajo, se considera necesario que el juez de control de garantías realice un control material sobre la imputación jurídica llevada a cabo por la Fiscalía General de la Nación en la audiencia preliminar de formulación de imputación, porque con ello se evitan violaciones groseras al principio de legalidad, especialmente en lo concerniente al principio de determinación; además, porque esa es la mejor manera de proteger los

derechos fundamentales de las víctimas a la verdad y a la justicia. Así, debe tenerse plena claridad sobre la potestad de que se encuentra investido el juez de control de garantías en el sentido de no convalidar la legalidad de la formulación de la imputación, si esta se halla en contradicción con el ordenamiento jurídico (Vane-gas, 2008, p. 259).

Igualmente, el examen material que realice el juez de control de garantías sobre la correcta adecuación típica sería un filtro eficiente para evitar nulidades por violación a la taxatividad en la acusación, evitando, de esta manera, que el juez de conocimiento tenga que intervenir en la audiencia de formulación de acusación para sugerir un cambio en la calificación jurídica de los hechos, afectando, de esta forma, su imparcialidad y objetividad a la hora de afrontar el juicio; esta dificultad no se presentaría si el juez de control de garantías, desde la audiencia de formulación de imputación, corrige la calificación jurídica. También, este filtro permitiría evitar, como ocurre en algunos países de Europa, que se someta a una persona a un juicio sin suficiente soporte con grave desmedro a su buen nombre, con violación al debido proceso y afectando la economía y eficiencia de la administración de justicia.

Así mismo, debe indicarse que la implementación de un control material por parte del juez de control de garantías sobre la calificación jurídica de la conducta desde la formulación de imputación, no afectaría la esencia de un sistema procesal penal adversarial, porque no sería el mismo juez de conocimiento el que interviene para corregir la calificación jurídica, sino un juez ajeno al juicio y previo al mismo, quien subsanaría en buen tiempo y para bien del proceso un asunto que puede ocasionar nulidad por vulneración al principio de legalidad, y además, claro está, puede afectar el derecho de defensa del imputado –pues no es lo mismo defenderse de una imputación por unas lesiones personales, que por una tentativa de homicidio–, y los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia como se pudo evidenciar a lo largo de este escrito.

Por último, un control material a cargo del juez de control de garantías sobre la calificación jurídica realizada por la Fiscalía permitiría un mayor grado de lealtad procesal entre las partes, abonando el terreno para figuras como los preacuerdos, el allanamiento,

el principio de oportunidad, la acusación o la preclusión. Así las cosas, bien establecido el marco legal de la pretensión punitiva de la Fiscalía, queda claro para las partes y los intervinientes cuál es el escenario para negociar las rebajas de pena a las que el reo puede acceder haciendo prevalecer el derecho a la igualdad frente a la ley y, añádase, la transparencia respecto de los derechos de las víctimas. La función del juez de control de garantías se inscribe, pues, dentro de la salvaguarda de los contenidos constitucionales del proceso penal; es por ello que la única postura constitucionalmente válida sobre su rol implica la posibilidad de controlar los aspectos materiales de la imputación (Rojas, 2010, p. 206), y esto también tiene soporte Constitucional en el artículo 230 superior en el cual, con toda claridad, se establece que los jueces están sometidos al imperio de la ley, por lo que no pueden ser meros observadores cuando se le da a una situación fáctica una denominación jurídica contraria a lo establecido por la ley penal para generar, de esta manera, un deber de actuar en aras de hacer cumplir la ley y la Constitución.

De igual forma, la revisión del derecho comparado en materia de principio acusatorio permitió establecer que uno de sus nortes es la separación funcional entre las actividades de acusación y juzgamiento, y, a partir de dicho postulado, se estructura el deber de la Fiscalía de ejercer la persecución penal ciñéndose al respeto de las garantías fundamentales de las partes y de los intervinientes. De esta manera, en el ordenamiento procesal penal colombiano se tiene que a la Fiscalía, en tanto titular de la acción penal, no solamente le está permitido –sino que tiene el deber legal de– imputar jurídicamente un determinado marco fáctico a una persona sometida a potestad punitiva. No obstante, este deber no se traduce en que la Fiscalía actúe en un contexto carente de vigilancia legal y constitucional, en el que pueda desconocer groseramente el marco fáctico esencial de la imputación, pues, si de manera flagrante se vulnera el principio de taxatividad o de determinación, el juez de control de garantías puede efectuar el control material a la tipificación realizada por el titular de la acción penal, como forma de garantizar los derechos fundamentales implicados en la actuación.

Es más: si la Fiscalía tiene la obligación de realizar una adecuación jurídica de los hechos imputados conforme a la ley, pero no lo hace, el juez, como director del proceso, lo debe llevar a cabo en atención a que tiene ese deber legal y no puede emitir una resolución en un asunto que resulte contraria a derecho y, por ende, ilegal; por ello,

en este trabajo se propone que desde la imputación, el juez de control de garantías debe tener la posibilidad de modificar la calificación jurídica o, por lo menos, de informar al imputado que el juicio podría incluir otras conductas que no se encuentran contenidas en la imputación, como ocurre en Costa Rica, para que el imputado pueda preparar mejor su defensa. Esto posibilitaría evitar que los jueces de conocimiento tengan que inmiscuirse en la calificación jurídica en la audiencia de acusación, pues el debate sobre ella se daría en la formulación de imputación y permitiría, como es obvio, a las partes y a los intervinientes, tener clara la pretensión de la Fiscalía, amén del marco legal para negociar, allanarse o defenderse en juicio.

En fin, dígase para poner punto final a este escrito, que el proceso penal no es solamente una sucesión de pasos que permitan establecer la responsabilidad penal de una persona, sino que es un decurso que en sí mismo ha de garantizar los derechos fundamentales de los asociados que participen o sean sujetos pasivos de la acción penal, y esa es la razón esencial para proclamar que el juez de control de garantías está investido del poder para controlar la imputación jurídica en los casos aquí reseñados.

Referencias

- Alvarado, A. (2006). La imparcialidad judicial. En *La ciencia del Derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho* (pp. 143-158). Buenos Aires: Marcial Pons Ediciones de Argentina.
- Amnistía Internacional. (2008). *Alemania: La lucha contra la impunidad a través de la jurisdicción universal*. Londres: Amnesty International Publications.
- Aragón, M. (2003). *Breve curso de Derecho Procesal Penal*. Oaxaca: Independiente.
- Arango, M. I. (2010). A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación. *Nuevo Foro Penal* (6)75, 231-242.
- Auto 27.218 (2007, mayo 16). Casación. M. P. Yesid Ramírez Bastidas. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 33301 (2010, marzo 11). Apelación. M. P. Alfredo Gómez Quintero. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 42.357 (2014, 28 mayo). Apelación. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.

- Barbosa, G. (2005). Estructura del proceso penal. Aproximación al proceso penal colombiano. En *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano* (pp. 67-110) Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.
- Bernal, J. y Montealegre, E. (2013). *El Proceso Penal (Tomo I). Fundamentos constitucionales y teoría general*. 6 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, J. y Montealegre, E. (2013). *El Proceso Penal (Tomo II). Estructura y garantías procesales*. 6 ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bovino, A. (1997). *El principio acusatorio como garantía de imparcialidad en el proceso de reforma de la administración de justicia penal*. Conferencia pronunciada en el Primer Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica en San José, el 30 de mayo de 1997. Recuperado de <https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/el-principio-acusatorio-como-garantia-de-imparcialidad-alb.pdf>.
- Cafferata, J. I. (1984). *Derechos individuales y proceso penal. Colección opúsculos de Derecho penal y Criminología*, No. 4. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Cafferata, J. I. (2000). *Proceso penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Cafferata, J. I. et al. (2012). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Advocatus.
- Carbonell, M. (2008). *La reforma constitucional en materia penal: luces y sombras* (pp. 59-94). Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3069/8.pdf>.
- Caso, G. (2003). El sistema procesal penal italiano (ventajas y dificultades). En *Dikaion* 17 (12). Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72001203>.
- Castro-Jofré, J. (2005). Los principios fundamentales del sistema acusatorio. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. XXVI) 343-349. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173619921018>.
- Constitución Política (1991). Congreso de la República de Colombia. Recuperado de <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/constitucion-y-sus-reformas>.

- Contreras, J. R. (2011). *Derecho procesal penal en el sistema acusatorio*. Ciudad de México: Centro de Estudios Sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho.
- Córdova del Valle, F. (2011). Investigación. Primera fase procesal del proceso penal acusatorio y oral. En *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional* (pp. 291-311). Ciudad de México: Consejo de la Judicatura Federal–Poder Judicial de la Federación.
- Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/consthist/pdf/1917.pdf>.
- Estados Unidos Mexicanos. Código Nacional de Procedimientos Penales (2014), vigente al 28 julio de 2015 Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_291214.pdf
- Estrasburgo. Directiva 29 de 2012. Por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Recuperada de <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>
- Espinoza, W. (2009). Alcances doctrinarios sobre el sistema acusatorio. *Derecho y cambio social, revista on-line* (19), VI. Recuperado de <http://www.derechocambiosocial.com/revista019/principio%20acusatorio.htm>.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- García, S. A. (2011). El procedimiento penal. En *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional* (pp. 269-289) Ciudad de México: Consejo de la Judicatura Federal–Poder Judicial de la Federación.
- García, E. y Ávila, L. (2009). Aplicación del sistemismo a cuestiones específicas del proceso penal mexicano. El tema del principio acusatorio. *Revista de Derecho* (32) 97-115.
- Gobierno de Chile. Ministerio de Justicia. (2005). *Guía práctica de la reforma procesal penal*. Santiago de Chile: Unidad Coordinadora de la Reforma Procesal Penal.
- Gómez, J. L. (1997). La instrucción del proceso penal por el ministerio fiscal: aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado. *Revista Peruana de Derecho Procesal* (1), 335-358.
- Gómez, J. L. (2003). *El Tribunal Penal Internacional: investigación y acusación*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

- Gómez, J. L. (2007). *La reforma estructural del proceso penal y la elección del modelo a seguir*. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_92.pdf.
- Guerrero, Ó. J. (2005). El Juez de control de garantías. En *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano* (pp. 163-214) Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.
- Guerrero, Ó. J. (2006). El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso continental. En *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* pp. 1047-1069. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr20.pdf>.
- González, D. (2007). *Derecho Procesal penal costarricense* (Tomo II). El procedimiento preparatorio. San José de Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.
- Haas, E. (2006). Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán. *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina* (3), 191-212.
- Horvitz, M. I. y López, J. (2002). *Derecho Procesal Penal chileno* (Tomo I). Chile: Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Houed, M. A. (2005). *El proceso penal en Costa Rica*. Recuperado de https://d3gqux9sl0z33u.cloudfront.net/AA/AT/gambillingonjustice-com/downloads/215003/dp-ppenal_costarica.pdf.
- Jaén, M. (2008). Acusación e investigación en el sistema procesal penal. *Revista Diálogos de Saberes*, pp. 195-217.
- Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial, No. 45668. Congreso de la República de Colombia, septiembre de 2004. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- López, J. (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Tomo I). 5 ed. Navarra: Aranzadi.
- Luna, J. N. (2011). Introducción y características generales del nuevo sistema de justicia penal. En *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional* (pp. 23-50) Ciudad de México: Consejo de la Judicatura Federal–Poder Judicial de la Federación.
- Maciel, R. (2003). El procedimiento abreviado en el proceso penal continental europeo. *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica de Asunción, CEDUC* (12) pp. 423-465.

- Maier, J. B. J. (1989). *Derecho Procesal Penal Argentino* (T. I), Vol. B. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Martínez, J. L. (2011). El sistema acusatorio en los Códigos de Procedimientos Penales en México. En *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional* (pp. 397-426). Ciudad de México: Consejo de la Judicatura Federal–Poder Judicial de la Federación.
- Mera, J. (2002). Discrecionalidad del Ministerio Público, calificación jurídica y control judicial. En *Colección Informes de Investigación* (12), 4, pp. 235-258. Santiago: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.
- Meza, E. (2009). Principio acusatorio y de oralidad en los juicios relativos a los delitos de delincuencia organizada. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* (27), 195-213.
- Montero, J. (1994). *La garantía procesal penal y el principio acusatorio*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/836/28.pdf>.
- Obando, S. W. (1999). El sistema acusatorio y el proyecto de reforma procesal penal. *Revista de derecho* (10) 31-39. Recuperado de http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501999000100006&script=sci_arttext.
- Pinto, F. J. (1988). El nuevo Código de Proceso Penal portugués. *Jueces para la Democracia* (5) 59-62. Recuperado de <http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2005%20diciembre%201988.pdf>.
- Piersack vs. Bélgica. (1982). Demanda No. 8692/1979. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado de http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/jurisprudencia/caso%20piersack%20contra%20belgica%20-%20derecho%20a%20un%20proceso%20independiente%20e%20imparcial.pdf
- Reino de España. *Ley de Enjuiciamiento Criminal Española* (1882). Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, Ministerio de Gracia y Justicia. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>.
- República Argentina. *Código Procesal Penal de la Nación Argentina* (1991). Ley 23984. Recuperado de http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf
- República Argentina. *Constitución Política de la Nación Argentina* (1994). Recuperado de <http://www.cepal.org/oig/doc/argentinaconstitucion-politica.pdf>
- República de Chile. *Constitución Política de la República de Chile* (1980). Recuperado de https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf.

- República de Chile. *Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público* (1999). Ley 19.640 de 15 de octubre de 1999. Recuperado de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=145437>.
- República de Chile. *Código Procesal Penal de la República de Chile* (2000). Ley no. 19.696. Recuperado de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>
- República de Costa Rica. *Código Procesal Penal* (1996). Ley 7594, Recuperado de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=220086
- República Italiana. *Codice di Procedura Penale* (1988), DPR 22 settembre 1988, n. 447. Recuperado de http://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf
- República del Perú. *Constitución Política del Perú* (1993). Recuperado de <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>.
- República del Perú. *Código Procesal Penal* (2004). Ley 28269 de cuatro de julio, Perú. Recuperado de <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/cpp-dec957.pdf>
- República del Perú. Queja N° 1678 (2007, abril 13). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú.
- República del Perú. Manuel Enrique Sandoval Umbert. (2006, marzo 13). Sentencia. Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02005-2006-HC.html>.
- República Portuguesa. *Código de Processo penal* (1987). DL No. 78/87, de 17 de Fevereiro. Recuperado de http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis.
- Rodríguez, M. (2013). Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Volumen XL, Primer Semestre, pp. 643-686.
- Rojas, L. (2010). Las cargas argumentativas en la imputación: un comentario a propósito del caso de Carlos Reina y la respuesta dada por la Corte Suprema de Justicia colombiana al respecto. *Nuevo Foro Penal* (74) 201-208.
- Rúa, R. J. (2009). El principio acusatorio y la necesidad de una reforma legislativa. Ponencia presentada en el I Congreso Internacional y II Nacional del Sistema Penal celebrado en Buenos Aires en septiembre de 2009. Buenos Aires: Argentina, Sistema Argentino de Información Jurídica. Recuperado de http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacc090075-rua-principio_acusatorio_necesidad_una.htm.

- Sandoval, J. y Del Villar, D. D. (2013). *Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia, Ley 906 de 2004*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Sentencia C-739 (2000, junio 22). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional.
- Sentencia C-228 (2002, abril 3). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional.
- Sentencia C-591 (2005, junio 9). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional.
- Sentencia C-1260 (2005, diciembre 5). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional.
- Sentencia C-209 (2007, marzo 21). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional.
- Sentencia C-025 (2010, enero 27). Demanda de inconstitucionalidad Expediente D-7858. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional.
- Sentencia C-059 (2010, febrero 3). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá. 2010. Corte Constitucional.
- Sentencia C-144 (2010, marzo 3). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional.
- Sentencia C-260 (2011, abril 6). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, Corte Constitucional.
- Sentencia 27.759 (2007, septiembre 12). Recurso de Casación. M. P. Alfredo Gómez Quintero. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.
- Sentencia 28.432 (2007, diciembre 5). Recurso de Casación. M. P. María del Rosario González Muñoz. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.
- Sentencia 39.892 (2013, febrero 6). Recurso de Casación. M. P. José Luis Barceló. 2013. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Colombia.
- Sentencia 36.842 (2013, noviembre 27). Recurso de Casación. M. P. María del Rosario González Muñoz. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.
- Sentencia 39.886 (2013, octubre 16). Recurso de Casación. M. P. José Leonidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.

- Sentencia 39.886. (2014, mayo 20). Acción de tutela. M. P. Eugenio Fernández Carlier. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.
- Sintura, F. J. (2005). Evolución del sistema acusatorio en Colombia. En Bernate, F. A.A. (Eds.) *Sistema penal acusatorio* (pp. 19-34). Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- Toro, Ó. A. (2012). De la imputación penal sustancial a la imputación penal procesal válida. Un diálogo de doble vía. *Criterio Jurídico Garantista* (6) 188-203.
- Urbano, J. J. (2013). *El control de la acusación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vanegas, P. L. La imputación. (2008). En Posada, J. J. y Jaramillo, J. G. (compiladores). *Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial* (pp. 233-267). Bogotá: Librería Jurídica Sánchez.
- Zuluaga, J. E. (2007). Comentarios a la función de control de garantías. A propósito de la Ley 906 de 2004 o “Sistema procesal penal acusatorio”. *Co-herencia* (vol. 6, 4)133-165.

Entre la madurez y el autocontrol: una cartografía para el abordaje de la delincuencia juvenil*

*Luis Alejandro Romero Miranda***

“La pericia psiquiátrica permite pasar del acto a la conducta, del delito a la manera de ser y poner de relieve que esta última no es otra cosa que el delito mismo, pero en cierto modo, en estado de generalidad en la conducta de un individuo”. M. Foucault.

Resumen

En el presente texto se exponen los principales postulados de la teoría del autocontrol, así como de las teorías de la madurez intelectual y psicosocial que dan explicación al fenómeno de la delincuencia juvenil. La idea subyacente es la de contrastar los supuestos de ambas teorías a fin de determinar su pertinencia y promover la discusión en torno a sus reales alcances a la hora de abordar el fenómeno.

Palabras clave

Autocontrol, bajo autocontrol, socialización, madurez intelectual, madurez psicosocial, delincuencia juvenil, factores de riesgo generacionales.

* El presente escrito se desprende de la tesis conducente al grado de Máster en Criminología y Delincuencia Juvenil en la Universidad de Castilla-La Mancha, España denominada Análisis de la Conducta de Microtráfico de Drogas en Niñas y Adolescentes desde la Perspectiva General del Delito.

** Sociólogo U de C, Chile. Máster en Criminología y Delincuencia Juvenil de la Universidad de Castilla-La Mancha, España.

Between Maturity and Self-control: a Map for Addressing Juvenile Delinquency

Abstract

In this article the main tenets of the theory of self-control are discussed, as well as theories of intellectual and psychological maturity to give an explanation to the phenomenon of juvenile delinquency. The underlying idea is to contrast the assumptions of both theories to determine their relevance and promote discussion around their real scope to tackling the phenomenon.

Keywords

Self-control, low self-control, socialization, intellectual maturity, psychosocial maturity, juvenile delinquency, risk factors generational.

La teoría del autocontrol

Si hemos de buscar los principios que se encuentran en la base de la teoría del autocontrol, es necesario hacer alusión a la teoría del control social, en especial, al supuesto que señala que las personas tienen una cierta tendencia natural a delinquir, hecho que se producirá si no existen razones o motivos que lo impidan (Serrano, 2009). Por lo tanto, la pregunta esencial de la teoría del control –siguiendo a Hirschi– no es ¿por qué los sujetos delinquen?, sino justamente ¿por qué no lo hacen?

Es en el contexto de este interrogante, donde la teoría del autocontrol encuentra un terreno fértil para germinar, al proponer que la causa principal de la conducta pro social o no delictiva en los sujetos (por ende, la causa principal para refrenar la tendencia natural a delinquir y a la desviación) se encuentra en las propias habilidades y barreras que los sujetos desarrollan y que tienen su origen en la socialización, es decir, en el proceso mediante el cual los individuos comienzan paulatinamente a interiorizar y aceptar las normas y límites que guían y establecen la convivencia social. De esta manera, la socialización se transforma en la piedra angular del autocontrol (*self-control*), que es definido por Gottfredson y Hirschi (1994) “como el rasgo individual que explica las variaciones en la probabilidad de ser atraídos por actos (delictivos) en los que el autor ignora las consecuencias negativas a largo plazo” (p. 2).

Así, la diferencia fundamental entre la teoría general del delito (autocontrol) y la teoría del control de 1969, radica en que, para la primera de estas, el delito es producto intrínseco del bajo autocontrol y no obedece necesariamente a una vinculación con entornos o personas convencionales como sí lo plantea la segunda (Rodríguez, 2010).

Estos principios, y otros que dan forma al autocontrol como teoría, se inician con la publicación de *The General Theory of Crime* de Michael Gottfredson y Travis Hirschi (1990). En este libro, los autores plantean que el principal elemento para cautelar y evitar conductas antisociales y delictivas es el *self-control*, que se forma a una edad muy temprana en los sujetos y se mantiene relativamente estable e indestructible a partir de ese momento, de manera que, a los ocho o diez años, la mayoría de los individuos ya ha aprendido a controlar su tendencia natural hacia la desviación, aún cuando factores externos favorezcan la oportunidad de delinquir. Como señala Juan Rodríguez:

Para Hirsch, el ser humano por naturaleza presenta una propensión hacia la desviación, siendo los diferentes vínculos con la sociedad los elementos que inhiben esta disposición. De tal manera que el apego, las creencias, el compromiso y la participación funcionan como lazos necesarios para mantener una conexión con los entornos convencionales (familia, escuela y amigos) y por lo tanto para impedir la conducta antisocial (2010, p. 217).

De esta suerte, y como noción central de su teoría, Gottfredson y Hirschi ponen al autocontrol como producto directo de la socialización familiar (o socialización primaria), donde la labor desarrollada por los padres juega un papel gravitante como mecanismo destinado a la educación pro social (que favorece o permite la vida en sociedad, por consiguiente, en concordancia con los valores consensuados a nivel estructural) y la corrección de conductas antisociales (que atentan contra la convivencia social); de esta forma, aumentando y potenciando el autocontrol de los niños se evitarán futuros comportamientos delictivos (Gottfredson & Hirschi, 1990; Vásquez, 2009). Como apunta Alfonso Serrano:

Una socialización correcta del niño o la niña se caracteriza, según Gottfredson y Hirsch, por un seguimiento de su comportamiento, lo cual faltará cuando los padres no se preocupen por ellos, no tengan tiempo ni energías para ello, o simplemente cuando no sientan cariño (hacia el niño), o cuando falle el reconocimiento del comportamiento desviado cuando éste se produce, o bien cuando el comportamiento desviado no se reprime (2009, p. 11).

De esta manera, siguiendo la secuencia descrita en las líneas antecedentes, la conducta delictual tiene su origen y explicación en el bajo autocontrol de los sujetos para refrenar sus impulsos desviados, bajo control que surge como resultado del deficiente trabajo de los padres en la socialización del niño o falta de técnicas parentales de educación (Ratchford & Beaver, 2009), caracterizada por la ausencia de disciplina y la falta de imposición de reglas al interior de la familia. En términos concretos, el bajo autocontrol sería resultado de: a) la falta de vigilancia y supervisión del comportamiento del niño, b) la incapacidad o falta de crítica de los padres para detectar y reconocer conductas desviadas o antisociales en el hijo y c) la permisividad frente al acto antisocial, que se traduce en la falta de castigo frente al propio acto a fin de ser reprimido.

Finalmente, Gottfredson y Hirschi plantean que los síntomas de un bajo nivel de autocontrol son ya perceptibles durante la infancia

y se caracterizan por la incapacidad para postergar gratificaciones, la baja tolerancia a la frustración y la tendencia a realizar conductas de riesgo.

Fundamentos de la Teoría General del Delito.

Gottfredson y Hirschi establecen una diferencia entre el delito como 'acto' y la desviación como 'tendencia' (Rodríguez, 2009). La desviación la asumen como tendencia, pues, según sus postulados, esta es parte de la naturaleza misma del sujeto, razón por la cual los individuos en determinados pasajes de su vida pueden manifestarse proclives a ella (hecho que le instituye la normalidad). Por su lado, el delito es un acto, porque hace referencia a la materialización de la desviación natural como producto del bajo autocontrol de los sujetos (materialización que determina su anormalidad).

Así, para estos autores el delito es un acto de fuerza o fraude realizado en la búsqueda (y en razón) del propio interés, que supone por cuentas actos desviados, que se caracterizan por su riesgo, la recompensa inmediata que persiguen, su fácil realización y su corta duración (Serrano, 2009). De aquí que, para Gottfredson y Hirschi, los delincuentes posean características bien definidas, como su orientación a las gratificaciones inmediatas, su impulsividad y su predilección por el riesgo y la búsqueda de emociones, así como su versatilidad (no cometen siempre el mismo delito incurriendo por cuentas en otros comportamientos delictuales) y la visibilización de su carrera delictiva a muy temprana edad (todo delincuente adulto fue antes un delincuente juvenil)

Correlación entre edad y delito.

Existen tres elementos que alejan a la teoría del autocontrol de las teorías criminológicas clásicas (Serrano, 2009; Vásquez 2009). El primer punto, dice relación con la correlación que establece la teoría general entre edad y delito que da como resultado la conocida curva de edad.

Al respecto, la teoría del autocontrol plantea que la mayor parte de los delitos son perpetrados por sujetos jóvenes, en especial, por aquellos cuyas edades van entre los 15 y los 20 años; esto genera una curva estadística (campana de Gauss), que muestra como el comportamiento delictual de los sujetos se incrementa en la medida que estos se acercan a la adolescencia, y disminuye cuando entran

a la adultez. Gottfredson y Hirschi (1990) plantean que este hecho no posee explicaciones causales, por lo cual, esta curva de edad no puede explicarse de otra forma, a no ser por la presencia de un bajo autocontrol relativamente estable en la edad adolescente. En resumen: la curva de edad demuestra como la mayor parte de los delitos son cometidos por delincuentes jóvenes, que llegan a tal resultado debido a la deficiente socialización desarrollada por sus padres.

Versatilidad de los delincuentes.

Según esta idea, los delincuentes no se especializan en la comisión de delitos específicos, sino que, por el contrario, se ven envueltos en infracciones muy diversas. De aquí que, para esta teoría, no tenga sentido buscar las causas de tipos delictivos concretos, debido a que todos los delitos presentan más elementos que los unen que aquellos que los diferencian. En otros términos, los delincuentes no se especializan en delitos concretos, sino que, más bien, tienden a verse envueltos en una gran variedad de ellos según las circunstancias, razón por la cual carece de sentido buscar una explicación al delito puntual (de turno).

Continuidad delictiva.

La continuidad delictiva establece un nexo directo entre la delincuencia juvenil y la delincuencia adulta, proponiendo (y asumiendo) que todo delincuente adulto lo fue en su juventud. En otros términos, como propone Farrington (1986), “para ser delincuente adulto uno ha debido ser antes un delincuente juvenil”. Por último, como señala Serrano (2009), el hallazgo de la continuidad apunta a que las causas del delito deben presentarse de manera prematura en los sujetos (infancia), ya que el comportamiento delictual difícilmente puede aparecer de forma espontánea en la adultez. Será esta noción de continuidad la que actuará como base de posteriores teorías como la teoría integradora de Farrington, el modelo de múltiples trayectorias de Loeber y el modelo de desarrollo social de Catalana y Hawkins (Vásquez, 2009).

La teoría de la madurez

Si la teoría general del delito pone a la socialización familiar como el gran elemento que sustenta el autocontrol, la teoría de la madurez, por su parte, pone acento en aspectos cognitivos para la

correcta toma de decisiones que se patentan a través de los conceptos de inmadurez moral (Pueyo, 2008), madurez intelectual (Steinberg *et al*, 2009) y madurez psicosocial (Bryan-Hancock y Casey, 2010; Ratchford y Beaver, 2009).

Inmadurez moral.

Este primer término aparece ligado a la secuencia histórica que explica el comportamiento delictual juvenil y tiene su mayor auge entre mediados del siglo XIX y 1920. Se desprende de la concepción moralista de explicar la delincuencia, para la cual el centro de la criminalidad es la constitución anómala o desviada del sujeto desde su misma gestación (congénita), por lo tanto, se basa en una predisposición genética de los sujetos a la consumación de actos delictivos, si éstos no son refrenados por medio de una fuerte educación moral (Pueyo, 2008, p. 58). Esta concepción de maldad congénita aparece, entonces, como causa directa de factores biológicos de los sujetos (como una esencia), que los sitúa como individuos enfermos a quienes las medidas de corrección moral los transformarán en sujetos normales.

Como se observa, el concepto de inmadurez moral no sólo se asocia a factores intelectuales, sino que abarca la constitución completa del sujeto. Es decir, siguiendo los postulados de Goffman (1996), el concepto de inmadurez moral se relaciona directamente con la categoría de desacreditado, esto es, el propio sujeto como centro del problema; por ello, la educación moral (depositada en la Iglesia e instituciones de caridad) no está destinada a potenciar (dado que el niño desacreditado desde su concepción ya se presenta anómalo), sino a instalar, a reformar, a esos millares de niños pobres y vagabundos que se vislumbran como el árbol torcido que se ha de enderezar.

Madurez intelectual.

Para analizar el concepto de madurez intelectual nos valdremos de los casos Hodgson (1996) y Roper (2005), ocurridos en los EE.UU., en los cuales la Asociación Americana de Psicología (APA) estableció diferentes criterios (o argumentos contradictorios) para entender la madurez de los adolescentes (hecho que hasta el día de hoy es conocido como el '*flip flop*' de la APA).

En el caso Hodgson, la APA había argumentado frente al Tribunal Supremo que, debido a que los adolescentes poseen habilidades

similares a los adultos en la toma de decisiones (ya a los catorce años), no habría ninguna razón para exigir a los adolescentes notificar a sus padres al momento de realizar un aborto. Por su parte, en el caso Roper, la misma APA propone que los adolescentes de dieciséis años son inmaduros en la toma de decisiones que los llevan a cometer crímenes, razón por la cual no pueden ser condenados a muerte (pena que se fija, entonces, a los 18 años).

Steinberg *et al* (2009), señalan que es fácil ver por qué muchos criticaron el proceder de la APA, dado que su postura en el caso Roper era totalmente contraria al caso Hodgson. Sin embargo, dichos autores plantean un argumento conciliador que busca establecer un orden frente a la confusión. Según ellos, la postura de la APA debe ser entendida a la luz de una clara diferencia: la forma en cómo los adolescentes toman las decisiones en uno y otro caso. Frente a un aborto, un adolescente tiene tiempo para deliberar antes de tomar una decisión final y puede, además, consultar a un experto, mientras que las circunstancias que llevan a un adolescente a cometer un crimen se caracterizan por su alta cuota de emocionalidad, la influencia del tiempo y la presión de pares.

Con esto, Steinberg *et al* (2009) proponen entonces que la decisión de abortar tomada por los adolescentes es más reflexiva (de aquí que no sea necesario consultar a los padres), mientras que su decisión de cometer un crimen es más impulsiva (de aquí que no se pueda aplicar la pena capital). A partir de esta tesis, se desarrolla el estudio de la capacidad juvenil de McArthur, quien demuestra como, a los 16 años, las habilidades cognitivas generales de los adolescentes son esencialmente idénticas a las de los adultos, pero su funcionamiento psicosocial es menor.

Con esto, la toma de decisiones se subdivide en dos categorías: la madurez intelectual y la madurez psicosocial, donde la propia maduración de los sistemas cerebrales responsables del razonamiento lógico sitúan a la primera como condición necesaria para el surgimiento de la segunda, dado que el desarrollo de funciones avanzadas relacionadas con la ejecución y coordinación de efectos (problemas sociales), requiere la condición previa de la madurez cerebral para su abordaje (de aquí entonces que la madurez intelectual según esta teoría sea requisito para la madurez psicosocial).

De esta forma, cuando se trate de decisiones que permitan una mayor deliberación, donde la influencia emocional y social en el

juicio se reducen al mínimo, y donde los adolescentes puedan consultar a expertos para orientar sus dudas, estos tomarán decisiones maduras. En contraposición, frente a situaciones de impulsividad que involucren altos niveles de excitación emocional y no den cabida a la consejería especializada, es probable que la decisión del adolescente sea menos madura que la del adulto. Así, las posturas tomadas por la APA en los casos Hodgson y Roper dejan de ser contradictorias, ya que cada una de ellas hace hincapié en diferentes aspectos de la madurez (intelectual en el caso Hodgson y psicosocial en el caso Roper).

Madurez psicosocial.

Bryan y Casey (2010) plantean que, aún cuando la edad puede ser una forma adecuada de cuantificar el desarrollo formativo (como lo propone el autocontrol y la madurez intelectual), esta no tiene en cuenta la fluidez misma del hecho, lo cual implica que la edad no siempre refleja el desarrollo de ciertos aspectos de la maduración, básicamente, porque este proceso no se produce de forma simultánea y homóloga en todos los adolescentes. De aquí, entonces, que no todos los jóvenes tomen decisiones amparadas en el umbral de la madurez intelectual, sino que muchos de ellos lo hacen en base a habilidades que se desarrollan producto de la interacción con otros sujetos (madurez psicosocial).

Así, la madurez psicosocial es definida por estas autoras como el desarrollo de competencias sociales y emocionales que permiten a los sujetos dar respuestas coherentes y funcionales a problemas concretos. La ejecución de respuestas coherentes entonces (maduras), ya no es el resultado directo del desarrollo cerebral (madurez intelectual), sino que opera bajo la lógica del bien común que se sustenta en tres elementos: a) la responsabilidad, b) la perspectiva o empatía (es decir la capacidad de ponerse en el lugar del otro y ver los hechos más allá de una postura personalista) y c) la templanza del joven que se plantea como la capacidad de refrenar la impulsividad.

Discusión

Iniciaremos la siguiente discusión reflexionando en torno a los postulados de la teoría general del delito. Como pudimos observar, la teoría del autocontrol de Gottfredson y Hirschi sitúa

a la socialización como el elemento esencial en el fortalecimiento o instalación del autocontrol y, de forma más precisa, ponen a la socialización primaria o familiar como el gran artífice del comportamiento pro social de los niños, con lo cual, la totalidad de la responsabilidad recae en los padres, quienes deben supervisar y castigar las conductas que se presenten como antisociales.

En este sentido, una primera reflexión apunta al determinismo que los autores ponen en la socialización primaria, no considerando otros agentes (aparte de la familia) que interfieren en el proceso como grupos de pares y amigos. Esto es de consideración, pues, en la medida que la escolarización va aumentando, los niños cada vez se incorporan a menor edad a la educación formal, hecho que trae como consecuencia la reducción del núcleo familiar como único elemento socializador. Es más, Gottfredson y Hirschi proponen que el niño a los 10 años ya debería tener el autocontrol formado, pero no consideran que a esa altura el menor ya ha pasado en promedio cinco años en la escuela, con lo cual, su autocontrol puede ser fortalecido o debilitado por estas nuevas interacciones a nivel de pares o generacionales.

En la misma línea, los cambios en las políticas de empleo que permiten el trabajo de ambos padres han contribuido a que muchas de las reglas familiares (incluso la supervisión y la corrección de conductas) sean delegadas en familiares cercanos (abuelas, tíos) o terceros (cuidadoras, asesoras de hogar), lo que determina que la socialización familiar se relativiza, pues, muchas veces, los hijos no adquieren los mismos valores y preceptos de sus padres, sino más bien, de quienes los cuidan. Otro elemento que merece consideración en este punto, es que, hoy por hoy, gracias a la teoría de sistemas, entendemos que la familia como tal (microsistema), se encuentra inserta en una red más amplia de interacciones y traspaso de información con otras estructuras (mesosistema, exosistema y macrosistema), donde los límites de socialización entre cada subsistema se difuminan o tornan caliginosos, imposibilitando asignar a un solo elemento (subsistema) la responsabilidad total del fenómeno.

Una segunda consideración apunta a la calidad intrínseca que los autores le asignan a la familia como factor protector o, si se quiere, como subsistema pro social. Una vez analizada la teoría general, llama la atención que Gottfredson y Hirschi en todo momento sitúan a la familia como una unidad compensada, funcional, carente de problemas y, por cuentas, apta para forjar el autocontrol, pero

la realidad nos muestra una cara diferente, cual es, que muchas familias presentan tantas disfuncionalidades que en esencia actúan como verdaderos factores de riesgo para el niño (familias iatrogénicas); esta realidad no parece ser percibida por los autores, quienes dan por sentado que la familia, en tanto unidad, siempre ha de ser funcional al autocontrol. Esto podría explicar por qué, en toda su obra, Gottfredson y Hirschi solo destinan palabras para potenciar la supervisión y la represión por parte de los padres, pero no entregan insumos para fortalecer las habilidades parentales que fortalezcan los lazos familiares.

Un tercer elemento de interés es la profunda mirada adultocéntrica que los autores tienen del autocontrol (construida a partir de la propia visión de adulto sin considerar variables generacionales). En este sentido, pareciese que el niño durante todo el proceso de socialización familiar se presenta pasivo, totalmente receptivo a la información y los preceptos que se le inculcan, no mostrando la habilidad de cuestionar, interpretar y seleccionar. En síntesis, la socialización familiar de Gottfredson y Hirschi se basa en el esquema clásico de información, donde un emisor (padres) envía un mensaje (norma, sanción, castigo) a un receptor (hijo) quien lo decodifica y entiende de forma lineal, esto es, tal como el emisor pretende. De esta forma, estos autores suponen la existencia de una realidad unívoca para los sujetos, (igual para adultos y niños), donde las miradas generacionales de entender los fenómenos carecen de importancia.

Un cuarto elemento dice relación con estas miradas generacionales ya mencionadas, que podríamos definir como factores que nacen como producto de las propias visiones y reinterpretaciones que niños y adolescentes realizan de los valores y preceptos que los adultos asumen como fundacionales de una sociedad equilibrada y normal, y que guían, por lo tanto, las relaciones familiares. En este sentido, Williams *et al* (2007) son certeros al plantear que en la comprensión de la violencia y delincuencia juvenil un importante factor de riesgo es el propio desconocimiento que los adultos tienen de los mundos juveniles que, junto a la cotidianización de la violencia en los medios de comunicación y en la entretención (video juegos), generan condiciones que bajarían el umbral de crítica.

Como quinto elemento aparece nuevamente el determinismo del autocontrol que no considera en su génesis otros elementos como los factores biológicos y genéticos. Al respecto, Ratchford y Beaver (2009) proponen que el autocontrol no solo sería producto

de factores sociales, sino también biológicos, dentro de las cuales, identifican tres variables que pueden afectar los niveles de autocontrol de los sujetos: a) que el autocontrol se relaciona directamente con el funcionamiento neuropsicológico, ya que es una propiedad de la corteza prefrontal del cerebro, b) que se ve influenciado por posibles complicaciones en el parto del niño que producen déficit neuropsicológicos, y c) que existe una relación entre bajo peso al nacer y autocontrol que se traduce en déficit de atención e hiperactividad.

En la misma línea, Farrington (2005) señala que la delincuencia juvenil puede ser abarcada y comprendida a partir de una multiplicidad de factores (no solo sociales), muchos de los cuales se presentan como predictores (herencia del autocontrol). Así, para este autor, el temperamento y la personalidad del niño, su impulsividad que se transforma en uno de los predictores más certeros (citando a Lipsey y Derzon, 1998), el bajo coeficiente intelectual y escolaridad (citando a Moffitt, 1993), las pautas de crianza del niño y presencia de abuso infantil (entre las que se cuentan una pobre supervisión de conductas y hasta actitudes de padres crueles o permisivas), los conflictos entre los padres o de familia (como separaciones, divorcio, violencia intrafamiliar, hogares monoparentales), las conductas delictivas o antisociales de los padres (así como consumo de drogas por parte de estos), las familias numerosas donde la supervisión sobre los hijos se dificulta y las conductas antisociales de hermanos mayores sirven de modelo (citando a Fischer, 1994), las familias que poseen problemas socioeconómicos que validan las conductas antisociales como mecanismo de supervivencia y la presencia de amigos delincuentes que fomentan la normalización de las conductas delictivas (Reiss y Farrington, 1991), son profundos elementos que predicen el comportamiento delictual de los jóvenes y que trascienden la explicación de la socialización primaria.

Un sexto elemento es la imposibilidad de explicar la curva de edad, a no ser por un bajo autocontrol; este es otro elemento que debe ser sometido a análisis, pues resulta paradójico que mientras las formas de vivir y experimentar la niñez y adolescencia se vean influenciadas por el momento histórico y los cambios sociales de cada época, la conducta delictual de estos responda a una misma causa: la socialización familiar. Es decir, cambian los niños, los adolescentes, los padres y la familia, pero la causa sigue siendo la misma.

Finalmente, la continuidad delictiva propuesta por Gottfredson y Hirschi se presenta como un determinismo que se torna estigmatizante. Al plantear que todo delincuente adolescente es un futuro delincuente adulto (o bien, que todo delincuente adulto lo fue en su juventud) se niega la posibilidad de cambio en las trayectorias de vida de los sujetos, pues se sitúa a la delincuencia como una pulsión latente de por vida. Esta noción, al igual que las de Wilson y Herrnstein (para quienes la delincuencia se debe a diferencias individuales basadas en la impulsividad, una baja conciencia y otros condicionantes temperamentales), apunta, entonces, a esclarecer que el criminal en potencia se presenta (o vislumbra) ya en los primeros años de vida de los sujetos y se mantiene estable (constante) a lo largo de su ciclo de vida.

En contraposición a esta idea, Serrano (2003) plantea que los factores relevantes para la criminalidad varían según la edad, dando paso a tres tipos a) la 'activación', período donde la carrera delictual puede acelerarse, estabilizarse o diversificarse, b) la 'agravación', lapso que supone un aumento considerable en la actividad delictiva del sujeto, y c) la 'desistencia', donde se evidencia una desaceleración, especialización, descenso o término de la carrera delictual. En la misma línea, y contradiciendo de forma frontal al autocontrol, Moffitt, citado por Serrano (2009), plantea que la figura del antisocial debe ser entendida a partir de una doble división: a) el delincuente, sujeto cuya actividad delictiva se limita a su adolescencia y b) el delincuente persistente, quien delinque durante toda su vida. Finalmente, Blonigen (2010), apuntando en la misma dirección que Serrano, señala que los rasgos predictores de la delincuencia no pueden ser estáticos (como sí lo plantea el autocontrol), sino que, por el contrario, es necesario determinar qué rasgos de la personalidad de los jóvenes son construcciones dinámicas y cómo estos influyen el comportamiento antisocial durante toda su vida. Es este hecho, lo que sirve de base al concepto de 'medida de nivel de cambio propuesto' por el autor, que hace referencia a las variaciones que se producen en algún atributo o comportamiento del sujeto al interior de su grupo de referencia o pertenencia a través del tiempo.

En contrapunto, e iniciando la discusión de la teoría de la madurez, es necesario comenzar reconociendo su doble naturaleza, a saber: la madurez intelectual, producto de la madurez cerebral y la madurez psicosocial, que surge como resultado del desarrollo de competencias sociales y emocionales. En relación a la madurez

intelectual, esta se alcanza como producto de la maduración de los sistemas cerebrales responsables del razonamiento lógico y la información básica, entre los que se cuentan el lóbulo frontal, parte del cerebro donde se realizan las funciones evaluativas (morales) y la toma de decisiones, que alcanza su punto de madurez tras la poda sináptica pasado los dieciocho años.

La APA (a partir de los casos Hodgson y Roper) propone que este tipo de madurez antecede a la psicosocial, por cuanto es imposible que el sujeto pueda evaluar acciones complejas (como las relaciones sociales), si antes no tiende desarrollada esta función cerebral y no cuenta, además, con apoyo para encausar sus reflexiones (como es el caso del aborto). Ahora bien, este supuesto desarrollo primario de la madurez intelectual por sobre la psicosocial, no es compartido por Bryan y Casey (2010), para quienes los adolescentes muchas veces toman decisiones en razón de las habilidades que desarrollan producto de la interacción con otros sujetos (madurez psicosocial). Es decir, que su conducta prosocial no se relaciona directamente con la evaluación intelectual de cada acción, sino, más bien, con una evaluación que se sustenta en la búsqueda del bien común (tanto para el sujeto como para los demás). Este hecho es de gran importancia, pues plantea que la madurez psicosocial surge de forma independiente de la intelectual o, en otros términos, que no es producto directo de ella.

Así, la madurez psicosocial se aleja de la intelectual, pues extiende un lazo comunicante con la responsabilidad, la empatía y la emocionalidad, elementos que ahora actúan como criterios para la toma de decisiones. Es, en este sentido, que el concepto de madurez psicosocial de Bryan y Casey se enlaza con la ética de la emocionalidad de Maturana (1997), para quien la ética (en tanto capacidad de reflexión entre el bien y el mal) se relaciona directamente con la emoción, con el amor, con la aceptación mutua y con la empatía, y no precisamente con la razón. Según Maturana, son las emociones las que guían nuestras acciones, aun cuando tratemos por todos lados de convencernos que estas son resultado de un proceso racional. El mismo expone: “nosotros usualmente no vemos el fundamento emocional de nuestra conducta ética, porque devaluamos las emociones y pretendemos que nuestras acciones deberían tener solo un fundamento racional” (Maturana, 1997, p. 101). De esta forma, un comentario final apunta a esclarecer que, al parecer, la madurez intelectual no necesariamente antecede a la

psicosocial, sino que más bien, ambas tienen sus propios mecanismos que, si bien las tornan independientes, del mismo modo las vuelven complementarias.

Un segundo elemento para la discusión de esta teoría se relaciona con la dependencia que establece la madurez intelectual con el juicio adulto. En otros términos, cómo se establece que la consejería u orientación por parte de un adulto (o experto) influye directamente en la toma de decisiones maduras en los adolescentes. La pregunta que aquí cabe formular es la siguiente: ¿esta consejería se torna funcional porque hace reflexionar al adolescente respecto de su situación o, simplemente, porque logra convencerlo de optar por una alternativa en particular? En otros términos, ¿la toma de decisiones maduras por parte de los adolescentes dicen relación con sus propias reflexiones o, más bien, con la imposición del juicio adultocéntrico del consejo?

Estas reflexiones cobran relevancia si recordamos que, para Steinberg *et al* (2009), la posibilidad de contar con ayuda profesional es vital para el juicio maduro, que se debilita si esta misma consejería es realizada por amigos o grupo de pares. Es decir, pareciese que entre todos los elementos que determinan un comportamiento maduro, la aceptación del discurso adultocéntrico por parte del adolescente (discurso del experto), actúa como el criterio de mayor relevancia. Con esto, la madurez se relaciona de forma directa con la aceptación del consejo, de la orientación, en una palabra, con la transmutación del adolescente en adulto, de forma tal, que quien sopesa y escoge las soluciones frente al problema ya no es el adolescente a partir de sus propios recursos, sino el joven que se para de cara a la realidad desde los zapatos del adulto. Así, bajo esta idea, la conducta madura del adolescente es aquella que lo acerca al juicio adulto.

Un tercer elemento dice relación con la poca valoración que la madurez intelectual asigna a las representaciones sociales que los adolescentes tienen de los fenómenos que, en muchos casos, influyen de manera directa la toma de sus decisiones. Como señala Moscovici:

La representación social es un sistema de valores, de nociones y de prácticas relativas a objetos, aspectos o dimensiones del medio social, que permite, no solamente la estabilización del marco de la vida de los individuos y de los grupos, sino que constituye también un instrumento de orientación de la percepción de situaciones y la elaboración de respuestas (Perera, 2005, p. 44).

En esta línea, al asignar relevancia a la madurez cerebral (y ponerla como requisito previo de la madurez psicosocial), automáticamente se desconocen las vivencias generacionales como herramientas de análisis de la realidad, las cuales conllevan, muchas veces, lecturas alternativas de los fenómenos que, en ocasiones, aparecen como transgresoras y carentes de robustez moral por parte del mundo adulto, por lo tanto peligrosas (de riesgo), porque se alejan de lo que el mundo adulto espera. Así, siguiendo el análisis, como primer factor de riesgo generacional (riesgo en el entendido que no es considerado por la teoría de la madurez), es necesario situar el desconocimiento por parte del mundo adulto de las prácticas y culturas juveniles, muchas de las cuales –según Maffesoli (2003)– se presentan totalmente desconectadas del mundo adulto, dando paso a formas diametralmente opuestas de experimentar y vivir la realidad, más lúdicas, estridentes, exacerbadas y con mayores riesgos (que instituyen lo que Maffesoli define como nomadismo). En este sentido, el problema estriba en que los factores de riesgo atribuidos a los mundos juveniles siguen teniendo el sesgo del adultocentrismo, es decir, conductas de riesgo tipificadas con base en los propios criterios del mundo adulto y no a partir de la comprensión que los propios jóvenes les atribuyen. En definitiva, si no se asumen criterios generacionales, la imposición de factores de riesgo seguirá siendo sesgada, adultocentrista y unidimensional.

Íntimamente relacionado con lo anterior, se presenta el segundo factor generacional que dice relación con la reinterpretación de valores que los adolescentes hacen de ciertos preceptos que se asumen fundacionales de una sociedad madura, como la resignificación del dolor, del cuerpo y de la muerte, entre otros. A diferencia de treinta o cuarenta años atrás, donde se asumía que el dolor y la muerte eran preceptos de los cuales era necesario distanciarse, alejarse, porque se presentaban antagónicos al concepto mismo de placer y felicidad. Hoy por hoy, el esquema parece haberse invertido, ya que estos conceptos se asocian de forma directa con lo lúdico y lo hedonista, y, por lo tanto, con lo que se hace necesario experimentar para alcanzar la felicidad.

Los deportes extremos, los tatuajes, los pircing, las perforaciones, entre otros elementos, han llevado a los jóvenes a una familiarización con el dolor (y por ende a soportarlo en mayor cantidad), hecho que ha contribuido a la resignificación del cuerpo, pero también a establecer y reforzar la asociación entre placer y dolor, y entre

placer y riesgo. Como señala el mismo Maffesoli (2004), muchos jóvenes asumen que lo divertido de la vida está en acercarse lo más posible a la muerte, pero sin alcanzarla. Reconceptualizaciones como esta son las que es necesario tener en mente al momento de comprender la toma de decisiones por parte de los adolescentes. Con esto, entonces, se abre una nueva ventana para comprender la conducta delictual juvenil que se aleja, por un lado, del autocontrol y la madurez intelectual, y se estrecha, por el otro, con la madurez psicosocial, y que apunta a una reconceptualización o, si se quiere, a un cambio de matriz generacional como elemento de análisis de la delincuencia juvenil.

En esta línea, si bien existen esfuerzos por ampliar las variables que expliquen la delincuencia juvenil, como el mapa de factores de riesgo de Borum (2000) que van desde el eje histórico, pasando por el clínico (o de personalidad), hasta los factores contextuales o sociales, me parece necesario avanzar un poco más en este espectro e incluir un cuarto eje de factores de riesgo que podríamos llamar 'generacionales', es decir; que nacen como producto de las propias visiones y reinterpretaciones que los jóvenes (las 'nuevas' generaciones) realizan de los valores y de los preceptos que los adultos asumen como fundacionales de una sociedad equilibrada y normal, y con muchos de los cuales, además, entran en constante conflicto y disenso.

Conclusiones

Tras revisar los principales supuestos de la teoría del autocontrol y de la madurez (tanto intelectual como psicosocial), es posible concluir que ambas, desde sus propias tribunas, apelan a un determinismo inicial que las sustenta, que, para el caso de la teoría general, se basa en la socialización familiar (rol de los padres en la represión de conductas antisociales), y, para la de la madurez intelectual, en la primacía del desarrollo cerebral por sobre las habilidades emocionales y sociales como herramientas destinadas a resolver conflictos de forma eficiente. En términos concretos, dos propuestas que caminan por veredas opuestas, pero con el mismo bastón.

Esta dinámica dicotómica se rompe gracias a teorías intermedias que buscan consensuar y ampliar la visión del fenómeno, como son las del concepto de madurez psicosocial (Bryan y Casey, 2010), los factores biológicos del autocontrol (Ratchford y Beaver, 2009),

los factores de riesgo (Borum, 2000), la integradora de Farrington, el modelo de múltiples trayectorias de Loeber y el modelo de desarrollo social de Catalana y Hawkins, entre otros.

De esta manera, cada teoría por sí sola no puede abarcar la complejidad del fenómeno de la delincuencia, pero sí entrega valiosos aportes que deben ser tomados en su justa medida. Así, una explicación de la delincuencia juvenil debe considerar la socialización familiar como un factor de importancia, pero, sobretodo, como punto de partida si se quiere como primer subsistema de análisis (micro-sistema), que, por cierto, debe considerar las variables biológicas y genéticas de los sujetos, así como sus redes de socialización (escuela, amigos, etc), sus antecedentes históricos y contextuales, al igual que las propias miradas generacionales de los jóvenes surgidas a partir de visiones alternativas (y no necesariamente anormales o patológicas) de la realidad.

Referencias

- Andrews, D. A., Bonta, J. & Wormith J. S. (2006). The Recent Past and Near Future of Risk and/or Need Assessment. *Crime Delinquency*, (52), 7-26.
- Blonigen, D (2010). Explaining the relationship between age and crime: Contributions from the developmental literature on personality. *Clinical Psychology Review*, (30), 89-100.
- Borum, R. (2000). Assessing Violence risk among Youth. *Journal of Clinical Psychology*, 56 (10), 1263-1280.
- Bourdieu, P. (1990). *Sociología y Cultura: La Juventud no es más que una Palabra*. México: Grijalbo, Consejo Nacional para la Cultura y Las Artes.
- Bryan, C. & Casey, S. (2010). Psychological Maturity of At-Risk Juveniles, Young Adults and Adults: Implications for the Justice System. *Psychiatry, Psychology and Law*, 17 (1) 57-69.
- Bringas. H. F, Herrero., M, Cuesta y F, Rodríguez. (2006). La conducta antisocial en adolescentes no conflictivos: Adaptación del Inventario de Conductas Antisociales (ICA) *Revista Electrónica de Metodología Aplicada*, 11 (2), 1-10.
- Farrington. D. (2005). Childhood Origins of Antisocial Behavior Clinical Psychology and Psychotherapy. *Clin. Psychol. Psychother*, (12), 177-190.
- Farrington. D. (1986). Age and Crime. *Crime and Justice*, 7 (M. Tonry y N. Morris eds).

- Goffman, E. (1996). *Estigma: La Identidad Deteriorada*. Argentina: Amorrortu.
- Gottfredson, M. R. & Hirschi, T. (1990). *A General Theory of Crime*. Stanford, Ca: Stanford University Press
- Gottfredson, M. R. & Hirschi, T. (1994). *The Generality of Deviance*. En Traduction Publishers, New Brunswick pp. 1-22.
- Herrero, C. (2004). Sobre Introducción a la Criminología de Alfonso Serrano Maillo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (6), 4 – 8, España.
- Luengo, A., Gómez-Fraguela, J.A., Garra, A. Romero, E., y Lence, M (1999) *La prevención del consumo de drogas y la conducta antisocial en la escuela: análisis y evaluación de un programa*. Madrid: PND.
- Maffesoli, M. (2004). *El Tiempo de las Tribus*. México DF.: Editorial Siglo Veintiuno.
- Maffesoli, M. (2003). Juventud: El Tiempo de las Tribus y el Sentido Nómada de la Existencia. *Revista de Estudios Sobre Juventud*, 8 (20), 20-41.
- Moscovici, S. (1961). *El Psicoanálisis, su Imagen y su Público*. Buenos Aires: Ediciones Huemul.
- Perera, M. (2005). *Sistematización Crítica de la Teoría de las Representaciones Sociales*. Tesis Doctoral en Ciencias Psicológicas. Ministerio de Ciencia, Tecnología y medio Ambiente. La Habana: Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas.
- Ratchford, M. & Beaver, M. (2009). Neuropsychological déficit, low self-control, and delinquent involvement: Toward a biosocial explanation of delinquency. *Criminal Justice and Behaviour*, 36 (2), 147-162. International Association for Correctional and Forensic Psychology, EEUU.
- Romero, E., Sobral, J. & Luengo, A. (1999). *Personalidad y delincuencia: Entre la biología y la sociedad*. Granada: Grupo Editorial Universitaria.
- Romero, A. (2014). Análisis de la Conducta de Microtráfico en Niñas y Adolescentes Desde la Perspectiva de la Teoría General del Delito. *Última Década*, 22 (40), 183-212. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-22362014000100009&script=sci_arttext.
- Serrano, A. (2009). Actos de Fuerza, Engaño y Autocontrol. Un test de una teoría general del delito con una muestra pequeña de delincuentes juveniles. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (11), 1-13. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11-13.pdf>.
- Serrano, A. (2003). *Introducción a la Criminología*. Madrid: Dykinson.

Vásquez, C. (2003). Predicción y Prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social. *Revista de Derecho XIV*, 135-158.

Williams, K., Rivera, L. Neighbours & Reznik, V. (2007). Youth violence prevention comes of age: Research, training and future directions. *The Annual Review of Public Health*. (28), 195-211.

III
Jurisprudencia



La violencia de género y los ingredientes subjetivos distintos del dolo

En marzo del año 2015, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció, por primera vez, sobre el llamado feminicidio. Es preciso advertir que la decisión comentada se ocupó de la modificación introducida al art. 104 CP por el art. 26 de la Ley 1257 de 2008, en concreto, de la circunstancia de agravación número 11, consistente en que el hecho se cometa contra una mujer por el hecho de ser mujer.

Afirmar la tipicidad de los comportamientos que incorporan elementos subjetivos distintos del dolo –como el feminicidio– no es una tarea sencilla y ello obedece, en buena medida, a las dificultades inherentes a su prueba. De ahí la importancia que tanto los teóricos como los prácticos del derecho desarrollen criterios que permitan reducir el margen de arbitrariedad en la aplicación de estas normas y hagan mucho más calculable su aplicación. La decisión comentada, cuya importancia está fuera de toda discusión, alude a la problemática apuntada, aunque no la sortea de la mejor manera: los correctivos introducidos por la Sala no sólo flexibilizan, quizás demasiado, el principio de legalidad, sino que, además, introducen una serie de circunstancias que desnaturalizan el delito mismo de feminicidio.

Daniel Andrés Benavides Ortiz

Gender-based Violence and the Subjective Ingredients Other than Fraud

In March 2015, the Criminal Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice ruled, for the first time on the so-called femicide. It should be noted that the mentioned decision dealt with the amendment to art. CP 104 by art. 26 of Law 1257 of 2008, namely the circumstance of aggravation No. 11, i.s., that the act is committed against a woman because she is a woman.

Affirming the typical behaviors that incorporate different subjective elements other than fraud, such as the femicide, is not a simple task and this

is due largely to the difficulties inherent in testing. Hence the importance that both the theoretical and practical lawyers should develop criteria to reduce the margin of arbitrariness in the application of these standards and make their application more calculable. This decision, whose importance is beyond dispute, refers to the targeted problem, but it does not avoid it in the best way: the corrections introduced by the Chamber not only make the principle of legality perhaps too flexible, but also introduce a series of circumstances that denature the crime of femicide same.

Apartes de la sentencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
Magistrado ponente
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Radicación 41457
(Aprobado Acta No. 90)
SP 2190- 2015

Bogotá D.C., marzo cuatro (4) de dos mil quince (2015).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado de las víctimas contra la sentencia a través de la cual el Juzgado 4º Penal del Circuito de Medellín y el Tribunal Superior de la misma ciudad condenaron al procesado AOR por el cargo de homicidio agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. SPC y AOR, de 35 y 36 años de edad respectivamente, tenían una hija de 6 años.

Hacia septiembre de 2009 él persiguió a la primera desde su casa en la parte alta del Barrio Trece de Noviembre en Medellín hasta una tienda cercana, donde le propinó nueve puñaladas. Fue *“un ataque de celos”* dijeron algunos familiares de ella. Pasados unos días, cuando aún la mujer se recuperaba de las lesiones, el hombre regresó a la vivienda familiar. Y se quedó allí. Amenazaba con llevarse a la hija si su compañera lo expulsaba del lugar.

En septiembre de 2012 el hombre la golpeó al encontrarla chateando cuando volvió de su trabajo. A raíz de eso, contó FAV, su hermana, *“le sacó la ropa”* a la calle y él se fue a vivir en otro lugar, en una habitación que rentó en una casa cercana. Le dijo a SPC *“que por sobre el cadáver de él ella se conseguía a otra persona”*.

Los días que siguieron fueron de acoso total. El hombre llamada *“a todas las horas a los celulares y al hijo para comprobar que ella estaba sola”*, señaló la misma fuente. Los viernes se embriagaba, iba a la casa de ella *“y le gritaba perra sucia te voy a matar”*.

Y cumplió. El 17 de noviembre de 2012 consiguió que lo acompañara voluntariamente al motel Romantic Suites, ubicado en la calle 53 No. 47-27, en el centro de la ciudad de Medellín. Ingresaron al lugar hacia las 3 de la tarde, dialogaban *“cómodamente”* –dirían luego las autoridades de policía en su informe— y subieron a la habitación 402. De allí AOR salió una hora después, luego de asestarle a la mujer una puñalada en la parte izquierda del tórax, a causa de la cual falleció en el lugar.

2. El 21 de noviembre de 2012, tras su entrega voluntaria a las autoridades, ante un Juzgado de Garantías la Fiscalía le imputó a AOR el cargo de homicidio agravado (Arts. 103 y 104-1/11 del C. P.) y éste admitió su responsabilidad penal. Acto seguido fue detenido preventivamente.

3. El Juzgado 4º Penal del Circuito de Medellín, luego del trámite de rigor, lo condenó el 18 de febrero de 2013 a 280 meses de prisión y a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal. No le concedió la condena de ejecución condicional ni la prisión domiciliaria.

4. El defensor apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Medellín, a través del fallo recurrido en casación, expedido el 15 de marzo de 2013, le impartió confirmación con las siguientes modificaciones: excluyó la agravante 11 del artículo 104 del Código Penal (*“cometer el homicidio contra una mujer por el hecho de ser mujer”*) y fijó en 200 meses las penas de prisión y de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

LA DEMANDA:

Cargo único. Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 104-11 del Código Penal.

Señaló el recurrente que al dejarse de aplicar esa disposición resultaron igualmente vulnerados los artículos 13, 42, 43, 93 y 94 de la Constitución Política, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, la Convención americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, la Ley 1257 de 2008 y las cláusulas de igualdad y no discriminación contempladas en la Declaración universal de los derechos humanos, en la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en la Convención americana sobre derechos humanos.

Se equivocó el Tribunal –dijo el profesional– al concluir que se trató simplemente de un crimen pasional originado en los celos y que en ningún momento el procesado le causó la muerte a su pareja por el hecho de ser mujer. Esta agravante específica del homicidio la dedujo la Fiscalía en la formulación de imputación y AOR se allanó a ella.

Se han señalado, *“en contextos de pareja”*, como patrones del feminicidio *“la existencia de una historia de violencias”*, el ejercicio por parte de los agresores de *“acciones de instrumentalización y cosificación de las vidas y cuerpos de la mujer”*, la presencia de *“relaciones de dominio o poder de los agresores sobre la mujer”* e impunidad.

Esas particularidades concurren en el presente caso. El procesado, en efecto, intentó matar a su compañera permanente propinándole nueve puñaladas (la Fiscalía calificó erróneamente esa conducta como lesiones personales), la *“cosificaba”* al considerarla *“solo suya”*, era evidente el dominio que ejercía sobre ella a través de la violencia y era manifiesta, igualmente, *“la impunidad continuada”* respecto de las agresiones.

Estado patriarcal y machismo, a juicio del censor, desarrollan *“la discriminación, la violencia contra las mujeres, toda la violencia feminicida y el feminicidio propiamente dicho”*. El crimen pasional, la celotipia y las emociones no controladas, *“se constituyen en un dispositivo malsano de género, que minimiza la violencia contra las mujeres”*. Según la autora Myriam Jimeno el crimen pasional es una construcción cultural. En la *“configuración emotiva están imbricadas las creencias, los sentimientos y su verbalización, con la estructura de las jerarquías sociales”*. A pesar de ello *“ciertos dispositivos discursivos presentan tal crimen como si obedeciera a una propensión o inclinación natural ocultando sus resortes culturales”*. El *“uso de la emoción como atenuante”*, por tanto, *“parece cumplir funciones ideológicas en el ejercicio de las jerarquías sociales y de género, como lo señalara Lutz para la que llama la cultura angloamericana”*.

El llamado crimen pasional, en fin, *“oculta las razones de misoginia y dominación masculina, existentes detrás de los asesinatos contra las mujeres”*.

En otros textos citados por el casacionista se afirma que en las sociedades patriarcales son frecuentes los asesinatos de mujeres a manos de hombres, que en su mayoría son feminicidios y se causan por cosificación, posesión, celos, odio, placer, erotismo. La violencia es clave para someter a las mujeres y sostener su dominación. La intimidación a ellas –según Robert Connel–

“se produce desde el silbido de admiración en la calle, al acoso en la oficina, a la violación y al ataque doméstico, llegando hasta el asesinato por el dueño patriarcal de la mujer, como en algunos casos de maridos separados. Los ataques físicos se acompañan normalmente de abuso verbal. La mayoría de los hombres no ataca o acosa a las mujeres; pero los que lo hacen, difícilmente piensan que ellos son desquiciados. Muy por el contrario, en general sienten que están completamente justificados, que están ejerciendo un derecho. Se sienten autorizados por una ideología de supremacía”.

A juicio del casacionista, en la definición del sentido y alcance que se debe dar a la agravante 11 del artículo 104 del Código Penal, los estudios de género contribuyen a proporcionar la respuesta correcta. Y si se estimara que existe la necesidad de probar la misoginia del sujeto activo, se recuerda que en el presente caso el procesado se allanó a los cargos y, además, que los crímenes pasionales son verdaderos feminicidios, como ya se advirtió.

De alguna manera la sentencia recurrida, de otro lado, *“parece dejar la idea de que si se mata a una mujer, o a cualquiera, y el sujeto activo se entrega no es tan grave”*. No es así para el recurrente en el presente caso. Se trató de un crimen atroz contra una mujer a la cual el homicida había apuñaleado pocos años antes. Y éste *“desarrolló la misma estrategia”* que la vez anterior al presentarse voluntariamente a las autoridades, *“con la diferencia que antes fue rápidamente liberado y en esta ocasión no; en la primera oportunidad el cuaderno fue abierto por la Fiscalía por lesiones personales, cuando en realidad se trataba de una tentativa de homicidio, que ha llevado a la familia a considerar la demanda de orden administrativo contra el Estado colombiano por la falta de acción de las autoridades judiciales. En aquella ocasión las cuchilladas no fueron más porque al señor AOR le interrumpieron su accionar criminal otras personas”*.

Reiteró a continuación frente al tema de la demanda que para imputar la agravante 11 del artículo 104 del Código Penal, *“no es necesario que el agente asesino afirme o reconozca que cometió el hecho porque se trataba de una mujer. Y mucho menos en los casos en que confiesa el hecho y se allana a cargos. No se trata de un asunto que sea consciente en el homicida, ni siquiera, por lo general, en los hombres y mujeres, y hasta intersexuales, que componen una sociedad. Ello no lo justifica, ni lo exonera de responsabilidad, ni como sujeto desde el punto de vista de la psicología, ni como acreedor de un reproche penal. La razón está dada en la cultura. En el estado patriarcal que vive nuestro país, en el machismo a través del cual se manifiesta”*.

No sin señalar el censor, por último, que el caso es una buena oportunidad para desarrollar la jurisprudencia, le pidió a la Sala casar la sentencia impugnada y confirmar la proferida por la primera instancia, *“excepto en lo que hace a la cuantificación de la pena accesoria”*.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:

En la audiencia de sustentación oral intervinieron el apoderado de las víctimas, el Fiscal Delegado ante la Corte, la Procuradora Delegada ante la Corte y el defensor del procesado.

1. El apoderado de las víctimas.

Reiteró en lo fundamental los argumentos de la demanda, trajo a colación pasajes de otros autores en relación con la violencia de género, recordó que de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la definición de discriminación contra la mujer se incluye la violencia basada

en el sexo —es decir la dirigida contra ella por su condición de mujer—, e hizo hincapié en la idea del feminicidio como *“un hecho que se relaciona con la intención siempre de doblegar, controlar y someter la sexualidad y las decisiones de las mujeres sobre su vida, efectos, relaciones, cuerpo y ser mismo”*.

Le solicitó a la Sala, finalmente, reconocer que en el presente caso el procesado cometió un feminicidio, incorporando en el pronunciamiento la perspectiva de género.

2. El Fiscal.

Para este funcionario no hay lugar a casar el fallo impugnado. El motivo del homicidio fue la celotipia del procesado y no la condición de mujer de la víctima. Y aunque se admitiera la ocurrencia del feminicidio como lo alega el censor, no se podría agravar la pena impuesta porque el defensor fue apelante único de la sentencia de primera instancia.

La circunstancia de agravación 11 del artículo 104 del Código Penal, adicionalmente, no fue debidamente motivada en la imputación ni en el fallo de primer grado. El a quo, además, no podía mantener atribuida doblemente una agravante respecto de un mismo supuesto de hecho, de conformidad a como lo tiene definido la Corte *“en temas de delitos sexuales al precisar que la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal no se aplica cuando concurre con la del numeral 5° ibídem ante una modificación sobreviniente prevista en la Ley 1236 de 2008, que en criterio de la Fiscalía guarda estrecha similitud con este caso por la modificación que hiciera la Ley 1257 del mismo año, en cuanto a los agravantes del homicidio que recae sobre una mujer, esposa o compañera permanente y/o por el hecho de ser mujer (sentencia del 17 de agosto de 2011, radicado 33006)”*.

La discusión, entonces, a juicio del Fiscal, es si la rebaja punitiva debe ser del 30% establecido por la primera instancia o del 50% decretado por el *ad quem*. Y si bien es cierto que dicho aspecto no fue objeto de casación, no sería posible la reforma de la pena en perjuicio del procesado porque el defensor fue único apelante. De todas formas, con independencia de lo anterior, para la Fiscalía son acertados los argumentos que condujeron al Tribunal a realizar el máximo descuento de pena permitido por el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

Tras destacar la importancia de que la Corte defina si el presente caso corresponde a un feminicidio, finalizó la Fiscalía su alegato señalando que a su juicio no se estructura aquí una hipótesis de esa naturaleza. Esa conclusión se sustenta en la definición que de ese fenómeno hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia expedida el 16 de noviembre de 2009 (caso González y otras Campo Algodonero contra México). El concepto de feminicidio, según ese Tribunal, hace referencia a homicidios motivados en el odio o el desprecio al género femenino y no a crímenes pasionales aislados

como el que aquí se juzga. En consecuencia, la interpretación del Tribunal Superior de Medellín no contraría los instrumentos internacionales sobre protección a la mujer como lo sugiere el demandante.

3. La Procuradora.

Para la Delegada, a diferencia del interviniente anterior, los casos de homicidios por celos contra mujeres son emblemáticos de feminicidio en la doctrina internacional y en los tratados de derechos humanos de las mujeres.

El maltrato físico o verbal que ejerce el hombre en una relación de pareja, el menosprecio por su esposa o compañera, el control sobre ella a través de sentirla su propiedad, representa *“un contexto de inequidad de género en virtud del cual la escalada de la violencia tiene su máxima expresión en la supresión de la vida de la mujer que no es más que un feminicidio”*, cuya estructuración no requiere *“las manifestaciones expresas de odio contra todas las mujeres”* por parte del autor de la conducta.

Cuando un hombre mantiene o mantuvo *“una relación de pareja o de nexo familiar con una mujer en un contexto de celos, vigila sus movimientos, controla entradas y salidas de la mujer, con quién habla ésta, cómo se viste, dónde vive, está cosificándola pues su relación con esa mujer es en términos de propiedad”*. Los celos, a su turno, *“no son más que la manifestación de propiedad que se ejerce o pretende ejercer sobre la persona así cosificada y como propietario el sumo acto de dominio es el que implica la plena disposición del objeto poseído que no es otro que su destrucción, para el caso de una mujer su muerte”*. Así las cosas, expresiones del tipo *“si no eres mía no eres de nadie”*, *“si te veo con otro te mato”* o *“sobre mi cadáver consigues a otro”* son propias de la cosificación de la mujer.

En el caso examinado, prosiguió la Agente del Ministerio Público tras relacionar los casos que corresponden a feminicidio según algunas legislaciones latinoamericanas, la muerte de Sandra Patricia Correa se presentó *“en el contexto de un episodio de celos por parte de quien ya había”* atentado contra su vida. Eso significa que existía un antecedente de violencia contra la víctima, a quien el procesado, además, tenía sometida a estrecha vigilancia y amenazaba de muerte y con quitarle a la hija común *“si salía con otras personas”*. La relación con ella era *“de dominio, propiedad y manipulación”*, ocurriendo el atentado contra su vida, entonces, *“en cumplimiento de algunos de los presupuestos que a nivel de legislación comparada permiten calificar el homicidio de una mujer como un feminicidio”*.

Para la Delegada, pues, el Tribunal incurrió en el error denunciado por el casacionista. Le solicitó a la Corte, en consecuencia, casar parcialmente la sentencia impugnada para reconocer que lo sucedido fue un feminicidio y disponer que el descuento punitivo por el allanamiento a los cargos del procesado sea el 30% decretado por el *a quo*. Esto último *“ante la necesidad de que la condena del procesado refleje efectivamente la justa retribución que un feminicidio*

manda, por las víctimas como además por los compromisos internacionales de efectiva represión de los responsables de la violencia contra la mujer”.

Adicionalmente –finalizó la Procuradora–, como bien argumentó en torno a la rebaja de pena el *a quo*, cuando se entregó el indiciado ya la Fiscalía contaba “con elementos de conocimiento que señalaban sin duda alguna la identidad del autor, la forma de comisión del punible, el móvil del mismo, la historia de violencia precedente a este homicidio de donde el 30% de descuento se muestra aquí como razonable y el 50% como un descuento desmesurado frente al ahorro que para la administración de justicia efectivamente implicó el allanamiento a cargos y es que no puede seguirse manteniendo por la judicatura la idea de que los hombres que matan a sus mujeres lo hacen porque las aman mucho y lo que hay que hacerles es un monumento si ellos se entregan, casi que pedirles perdón por haberlos llevado a juicio”.

4. El defensor.

Pidió no casar la sentencia impugnada en casación porque a su juicio la segunda instancia acertó al excluir la agravante punitiva 11 del artículo 104 del Código Penal.

Precisó que por el hecho de que en una oportunidad anterior su representado hubiera agredido por celos a la víctima, no se puede asegurar que ejerciera “una violencia sistemática y constante sobre ella” como para sostener en el presente caso que la mató por el hecho de ser mujer.

Para el abogado no se formuló correctamente en la demanda un cargo contra el *ad quem* por otorgarle al acusado, en razón del allanamiento a cargos, una mayor rebaja punitiva a la decretada por la primera instancia. En su criterio, de todas formas, no constituye una incorrección el otorgamiento a su defendido de un descuento en la pena que consagra la ley. Se trata simple y llanamente de una particularidad del sistema acusatorio de la Ley 906 de 2004.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. El Tribunal Superior de Medellín, apoyado en la obligación judicial de proteger los derechos fundamentales del procesado que admite los cargos formulados por la Fiscalía, estimó que resultaba lesivo del principio de legalidad atribuirle en el presente caso al inculpado AOR la circunstancia de agravación del homicidio prevista en el numeral 11 del artículo 104 del Código Penal, es decir, la de causar la muerte “contra una mujer por el hecho de ser mujer”.

Para la Corporación judicial, de acuerdo con la entrevista suministrada por FAV y la denuncia de BSR (referida a un hecho anterior), “se establece” que AOR “dio muerte a su pareja por cuestiones pasionales relacionadas con los celos que sentía por el comportamiento de la mujer”. Agregó la segunda instancia:

“De manera que si la muerte se debió a cuestiones pasionales, no se entiende por qué la Fiscalía le imputó al procesado la agravante del numeral 11, sin que ninguna explicación de su deducción se encuentre en el escrito de acusación, que no fuera la simple indicación de la agravante (fl. 3 de la carpeta), lo cual no mereció tampoco ningún comentario del juez de conocimiento en su sentencia cuando era su deber verificar su real existencia.

“El feminicidio –siguió el ad quem–, neologismo empleado para designar el asesinato evitable de mujeres por razones de género (como así lo definió la Corte Interamericana de DD.HH en una sentencia que condenó al Estado de México por la muerte de varias mujeres en ciudad Juárez en el año 2001), es un delito motivado por la misoginia, que implica el desprecio y odio hacia las mujeres, lo cual ciertamente no aplica en este caso, donde aquello que originó el actuar del procesado fue la celotipia de un compañero sentimental, que lo llevó al absurdo de acabar con la vida de su compañera, contra quien por la misma razón había atentado en ocasión pasada”

“Atendiendo al principio de estricta tipicidad que le fue vulnerado al procesado –finaliza la cita–, la Sala oficiosamente excluirá dicha agravante, así esta determinación no tenga ninguna incidencia en la dosificación de la sanción, como quiera que el Juez impuso la pena mínima establecida para el delito de homicidio agravado, subsistiendo de todas maneras la primera agravante punitiva, como que se estableció que el procesado era el compañero sentimental de la hoy occisa, con quien había procreado una hija”.

La exclusión de la agravante, en realidad, la solicitó el defensor en la apelación. El apoderado de las víctimas pidió su restablecimiento en la demanda de casación. Y la Corte, consciente desde la admisión de ésta que su éxito es intrascendente al no representar para la parte proponente ningún beneficio concreto, decidió admitirla con la clara finalidad de desarrollar la jurisprudencia.

2. La circunstancia 11 de agravación del homicidio fue adicionada al artículo 104 de la Ley 599 de 2000 a través del artículo 26 de la Ley 1257 del 4 de diciembre de 2008, por la cual el Congreso de la República dictó “normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres” y reformó los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y la Ley 294 de 1996 (por su intermedio se desarrolló el artículo 42 de la Constitución Política y se dictaron normas “para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”).

En la exposición de motivos que acompañó la presentación del proyecto de la ley 1257, en lo fundamental, se esgrimieron como razones de la iniciativa las siguientes:

a. La violencia contra las mujeres es una expresión de discriminación y constituye una violación de sus derechos humanos.

b. Gracias al trabajo desplegado por organizaciones de mujeres de todo el mundo y a su lucha política, se logró el reconocimiento de que la violencia en su contra *“no era producto del azar o un hecho de la esfera privada, sino que estaba íntimamente vinculada con relaciones desiguales de poder entre varones y mujeres”*.

c. Las mujeres han exigido de los Estados medidas para sancionar, prevenir y erradicar la violencia en su contra; para reparar los efectos de la misma en sus vidas y para *“develar”* cómo la perpetuación de esa violencia *“es una forma de mantener relaciones estructurales de subordinación”*.

d. Organizaciones de derechos humanos y los Sistemas Naciones Unidas e Interamericano de Derechos Humanos, han unido sus esfuerzos a la causa, para realizar acciones y trazar directrices que permitan la eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres. Ello condujo a la articulación de normas, estándares, programas y políticas internacionales, que al asumir la violencia contra las mujeres como problema de derechos humanos, les trasladan a los Estados las obligaciones de prevenir, erradicar y castigar esos hechos.

e. La violencia contra las mujeres, por su condición de ser mujeres, constituye uno de los obstáculos *“para el logro de la igualdad entre varones y mujeres y para el pleno ejercicio de la ciudadanía”*.

f. Interpretar la violencia contra las mujeres en el marco de los derechos humanos, *“obliga a que en los ámbitos público y privado se fortalezcan e incrementen las acciones y políticas dirigidas a prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra ellas, en especial en los sectores de la justicia, la educación y la salud”*.

g. La violencia contra las mujeres, *“como manifestación de las relaciones de poder desigual construidas históricamente entre hombres y mujeres, establecidas y aceptadas por la sociedad”*, debe abordarse *“con una visión integral que comprometa los procesos de sensibilización, información y educación de toda la sociedad, con la finalidad de erradicar este terrible flagelo que agobia a la humanidad, impide la conformación de sociedades auténticamente democráticas, obstaculiza el acceso al desarrollo y afecta profundamente la salud mental de la sociedad”*.

h. Esa violencia, *“basada en las relaciones de subordinación”*, la viven las mujeres en los ámbitos público y privado. Ocurre en el lugar de trabajo, en los centros de salud y educativos, en la relaciones intrafamiliares y de pareja, y en los espacios de la comunidad en general. *“Por ello el Estado y la sociedad están obligados a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar este fenómeno, y a proteger a las víctimas ante situaciones de amenaza, vulnerabilidad o riesgo para su autonomía, su integridad, sus propiedades, su núcleo familiar y su participación en la vida política, económica y social del país, mediante el establecimiento de condiciones sustanciales y procesales para el disfrute real de sus derechos”*.

i. Entre los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, en virtud de los cuales se ha comprometido el país a adecuar su legislación interna y a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento cabal de los compromisos en ellos establecidos, relacionaron los proponentes –como fundamento del proyecto de ley— la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1979), la declaración y plataforma de acción de Beijing de 1995 (calificado como el plan más progresista que jamás había existido para promover los derechos de la mujer), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, aprobada en 1994 y sancionada en 1996) y los Protocolos para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (adoptado en 2000, en Palermo, Italia) y el Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas la formas de Discriminación contra la Mujer (1999).

j. Como fundamento constitucional de la propuesta, de otra parte, se mencionaron, entre otros, los artículos 13 (*“todas las personas nacen libres e iguales ante la ley”* y gozarán de las mismas oportunidades *“sin ninguna discriminación por razones de sexo”*), 42 (*“las relaciones familiares se basan en igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes”*) y 43 de la Carta Política (*“la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”*).

k. Señalaron las Senadoras y Senadores que presentaron la iniciativa, por último, su anhelo de contribuir con esa ley *“a eliminar el silencio social y la falta de acciones concretas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres por su condición de mujeres, dada la gravedad de sus consecuencias sociales, económicas y, especialmente, sobre su vida y su salud”*. Anunciaron dentro del contenido del proyecto algunas modificaciones al Código Penal. Particularmente la consagración del acoso sexual como delito y de *“agravantes específicos en el caso de conductas violentas dirigidas contra las mujeres por el hecho de ser mujeres”*.

3. Una de esas agravantes, asociada al homicidio, como ya se dijo, fue la de causar la muerte a una mujer *“por el hecho de ser mujer”*. E inscrita la misma en una ley dirigida a prevenir y a erradicar la violencia contra las mujeres que se origina principalmente en las relaciones de desigualdad históricas con los hombres, no puede tener el alcance que le dio el Tribunal Superior de Medellín, que la hizo corresponder al feminicidio o asesinato de mujeres por razones de género, un delito que a su juicio se encuentra motivado por la misoginia, es decir, por el desprecio y odio hacia ellas.

Matar a una mujer porque quien lo hace siente aversión hacia las mujeres, no se duda, es el evento más obvio de un *“homicidio de mujer por razones de género”*, que fue la expresión con la cual se refirió al feminicidio

la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 16 de noviembre de 2009, expedida en el caso GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO. Pero también ocurre la misma conducta cuando la muerte de la mujer es consecuencia de la violencia en su contra que sucede en un contexto de dominación (público o privado) y donde la causa está asociada a la instrumentalización de que es objeto.

En otros términos, se causa la muerte a una mujer por el hecho de ser mujer, cuando el acto violento que la produce está determinado por la subordinación y discriminación de que es víctima, de lo cual resulta una situación de extrema vulnerabilidad. Este entorno de la violencia feminicida, que es expresión de una larga tradición de predominio del hombre sobre la mujer, es el que básicamente ha servido de apoyo al legislador para considerar más grave ese tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y que se busca contrarrestar legítimamente con la medida de carácter penal examinada e igual con las demás de otra naturaleza adoptadas en la Ley 1257 de 2008.

Significa lo precedente que no todo asesinato de una mujer es feminicidio y configura la causal 11 de agravación del artículo 104 del Código Penal. Se requiere, para constituir esa conducta, que la violencia que la cause esté asociada a la discriminación y dominación de que ella es objeto.

Particularmente, en contextos de parejas heterosexuales –que conviven o se encuentran separadas—, el maltrato del hombre para mantener bajo su control y “*suya*” a la mujer, el acoso constante a que la somete para conseguirlo, la intimidación que con ello le produce, el aumento en la intensidad de su asedio y agresividad en cuanto ella más se aproxima a dejar de “*pertenecerle*” y la muerte que al final le causa “*para que no sea de nadie más*”, claramente es el homicidio de una mujer por el hecho de ser mujer o “*por razones de género*”.

Ese elemento adicional que debe concurrir en la conducta para la configuración de la agravante punitiva del feminicidio, es decir, la discriminación y dominación de la mujer implícita en la violencia que provoca su muerte, obviamente debe probarse en el proceso penal para que pueda reprocharse al autor. En consecuencia, en ningún caso cabe deducirla de la simple circunstancia de ser el autor del delito un hombre y la víctima una mujer, sino que ha de fundarse en evidencias demostrativas de la situación de abuso de poder en que se encontraba la última.

4. En el caso sometido a consideración de la Sala se estableció que el procesado era el esposo de la víctima y tenían una hija de seis años de edad. Tres años antes de que él decidiera matarla, le propinó nueve puñaladas. Lo hizo, según su cuñada FAV, porque le dio “*un ataque de celos*”. Volvió a la casa días después, aún convaleciente la víctima, y se quedó allí contra la voluntad de ésta. La amenazaba con llevarse a la hija común si lo obligaba a irse.

Ese escenario ya es el de una mujer maltratada por un hombre que no se relaciona con ella en un plano de igualdad sino que la subordina, como infortunadamente aún le sucede a muchas en nuestra sociedad, todavía atada en buena parte al machismo ancestral que propició la existencia en el Código Penal de 1890 de una norma que consideraba *“inculpable absolutamente”* la conducta del hombre consistente en

“cometer el homicidio en la persona de su mujer legítima, o de una descendiente del homicida, que viva a su lado honradamente, a quien se sorprenda en acto carnal con un hombre que no sea su marido; o el que cometa con la persona del hombre que encuentre yaciendo con una de las referidas; y lo mismo se hará en el caso de que los sorprenda, no en acto carnal, pero sí en otro deshonesto, aproximado o preparatorio de aquel, de modo que no pueda dudar del trato ilícito que entre ellos existe” (Art. 591-9).

Un mandato contrario, de *“inculpabilidad absoluta”* de la mujer que descubriera a su marido en acto carnal o preparatorio del mismo con una mujer, desde luego no existía.

El procesado AOR, más allá de los celos, que en casos como el presente son la expresión del macho dominante que no reconoce la libertad de su pareja para dejarlo, claramente nunca vivió una situación como la descrita en la norma transcrita, que con seguridad obligaría otras consideraciones. Simplemente, *“por sospecha de que la persona amada mude su cariño”* (que es como el diccionario de la Real Academia Española define *“celoso”* o *“celosa”*), resolvió perseguir a SPC y acuchillarla nueve veces.

La segunda parte de la historia confirma el contexto de dominación en el que finalmente ocurrió el homicidio el 17 de noviembre de 2012. La mujer, en contra de lo que quería, tuvo que seguir soportando al hombre a su lado, en la misma casa, temerosa de que si lo obligaba a marcharse se llevara con él a su hija. Se deduce lo anterior de la entrevista que rindió la hermana de la víctima. Esta afirmó, en efecto, que constantemente *“S lo echaba de la casa y él no se iba”*. Y sólo accedió a hacerlo después de que un día, dos meses antes de los hechos, por encontrarla chateando *“en Facebook”*, le propinó varios puñetazos. El hombre se fue a vivir cerca.

La cadena de violencia, al irse AOR, no se detuvo. Aumentó si se tiene en cuenta el acoso constante a que sometió a la mujer durante esos dos meses. *“A todas las horas”* –recordó FAV— la llamaba a sus teléfonos fijo y celular *“para comprobar que ella estaba sola”* y los viernes, por lo general, iba embriagado hasta el frente de su casa y le lanzaba amenazas. Por *“sobre su cadáver”* se conseguiría otro, le había dicho al marcharse de su lado. *“Perra sucia te voy a matar”*, le gritó algunas veces en sus borracheras. Unos quince días antes del homicidio, según la declaración de la señora FAV ante la Policía Judicial, *“...A se emborrachó mucho y subió y le gritó que le regalara la niña a la tía, o sea a mí, o que se la entregara a Bienestar Familiar que en cualquier momento a ella le iba a pasar algo...”*.

Agregó la entrevistada que en la semana que siguió “...ella le dijo que se fuera de por ahí que no quería volverlo a ver, que se fuera y que hiciera una vida y A le dijo que sí que él se pensaba ir, y le dijo a la niña (la hija) que se iba a ir y que era para lejos, que porque la mamá lo quería hacer matar y ya no lo quería y se quería conseguir a otro”.

Lo que sucedió el viernes anterior al crimen y el sábado cuando ocurrió, lo contó la declarante en los siguientes términos:

“...este viernes que pasó S se fue por urgencias para donde quedaba el seguro social porque tenía un pie hinchado de un tatuaje que se hizo, y A llamó y la niña contestó y le dijo que la mamá estaba donde el médico y A le dijo que no que ella estaba con el mozo, a las diez de la noche ella le contestó el teléfono de la casa y ella le dijo marica deje de cambiarme, que yo no tengo ningún mozo, vos no ves que ni siquiera salgo de la hijueputa casa le tiró el teléfono y le apagó el celular, el sábado la llamó a las 9 de la mañana le dijo que le pasara a la niña que tenía que hablar con ella, y A le dijo a la niña que él la quería mucho y que todo lo que pasaba era por amor, y que le dijera a la tía o sea a mí y a la hermanita que la cuidaran mucho, a las once de la mañana A volvió a llamar y S le dio el afán que tenía que salir que tenía que salir, se bañó y se colocó una blusa unas chanchas y me dijo a mí: F no me demoro, yo bajo hasta el cuadradero y me devuelvo ahí mismo, esté tranquila...”.

Fue la última vez que FAV habló con su hermana. La volvió a ver, muerta, en el Instituto de Medicina Legal, a donde se dirigió luego de enterarse por las noticias de su fallecimiento.

“A fue el que la mató”, “yo estoy segura que fue él”, le dijo la entrevistada a la Policía Judicial sin saber todavía de los sucesos ocurridos en la tarde del 17 de noviembre de 2012 en el motel Romantic Suites de Medellín.

Se demostró con la versión anterior, no hay duda, que el procesado, como si se tratara de una cosa, sentía de su propiedad a SPC. Era evidente que la negaba como ser digno y con libertad. La discriminaba. La mantenía sometida a través de la violencia constante. Después de apuñalarla tuvo el descaro de instalarse nuevamente en su casa, contra la voluntad de ella, cuando aún se recuperaba de las heridas físicas que le había causado. Nunca dejó de acosarla. Nunca de intimidarla. Ella no dejó de pedirle que se fuera. Y cuando al fin se marchó, luego de una nueva agresión física, la continuó hostigando, le siguió haciendo saber que era él o ninguno y que la mataría.

Todo eso, claramente para la Corte, no es una historia de amor sino de sometimiento de una mujer por un hombre que la considera subordinada y se resiste al acto civilizado de entender que la debe dejar en paz porque ella ya no lo quiere, y elige ejecutar el acto más contundente de despotismo que es la eliminación de la víctima de la relación de poder.

Es manifiesto, entonces, que el procesado cometió el homicidio contra SPC “por el hecho de ser mujer” y en esa medida se equivocó la segunda instancia al suprimir esa circunstancia del atentado contra la vida, la cual hizo parte del cargo libremente aceptado por AOR. Por ende, se casará parcialmente el fallo impugnado para declarar que en la conducta concurrió la agravante 11 del artículo 104 del Código Penal.

Esa decisión no tiene impacto en la pena impuesta. Simplemente porque el juzgador, equivocadamente, no se movió del extremo mínimo del primer cuarto en el que dosificó la pena, a pesar de concurrir dos agravantes específicas del homicidio. Bastaba una de estas, eso es lógico, para tipificar la conducta como homicidio agravado. La otra, necesariamente, debía significar un incremento punitivo. Pero como le pareció igual de grave al juzgador una agravante que dos y los sujetos procesales con interés en el punto no impugnaron la determinación, no está dentro de las facultades de la Corte remediar la situación.

5. En relación con la rebaja punitiva derivada del allanamiento a cargos, que el Tribunal estableció en el 50% de la pena imponible—la mayor permitida por el artículo 351 de la Ley 906 de 2004—, el censor no presentó ninguna censura susceptible de examen en casación. Y la objeción que al respecto realizó la Procuradora Delegada en su intervención ante la Corte, fundada en su consideración de que la conducta imputada, en virtud del feminicidio, merecía sólo el descuento del 30% decretado por el *a quo*, no enmarca la comprobación de un error probatorio o jurídico del *ad quem*, o la transgresión de un derecho fundamental, que le sea dable corregir a la Sala.

La segunda instancia estimó que la conducta procesal del sindicato ameritaba la mencionada reducción en el castigo, ella no vulnera la legalidad y las consideraciones en que apoyó la decisión—aunque no se compartan—corresponden a un criterio jurídico razonable, imposible de controvertir en desarrollo del recurso extraordinario de casación. Así, pues, no se puede acoger el punto de vista de la Delegada.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley (...)

Comentario

La violencia de género ejercida contra la mujer es un fenómeno tan detestable como preocupante, que se presenta—con mayor o menor frecuencia—alrededor del globo y del que, naturalmente, Colombia no escapa. La gravedad de la situación y la mayor conciencia que hay sobre la necesidad de erradicar esta forma de violencia, explica que en los últimos años las autoridades nacionales hubieran tomado diversas medidas, muchas de ellas penales, con las que se pretende acompasar la legislación colombiana con las de los demás países del entorno, al igual que con las

exigencias previstas en diversos estatutos internacionales –incluso, los no vinculantes o de *soft law*–. Al ánimo indicado obedecen las leyes 294 de 1996, 1257 de 2008 y, de modo más reciente, la 1761 de 2015, mediante las cuales se introdujeron modificaciones al ordenamiento penal, tratándose de la violencia de género y, en particular, de aquella ejercida contra la mujer.

Esta relativa inestabilidad legislativa, que obliga tener presente las normas sobre la materia de los años 1996, 2000 (Código Penal), 2008 y 2015, provoca, huelga decirlo, un efecto negativo sobre la seguridad jurídica y, de hecho, la primera advertencia que debe hacerse es la relativa a que la sentencia objeto de comentario –la única que, al momento de este comentario, ha producido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema– se ocupa del numeral 11 del artículo 104 CP, introducido por la Ley 1257 y que, actualmente, se encuentra derogado tras la reciente entrada en vigor de la Ley 1761 de 2015.

Al hilo de lo anterior, no debe dejar de mencionarse que la decisión comentada fue justificada por la Sala en una necesidad fundamentalmente propedéutica (la de ilustrar sobre el supuesto de feminicidio incluido por la Ley 1257 que, se reitera, ya fue derogado), tras reconocer que el sentido de su decisión no afectaba la tasación de la pena, es decir, que no tendría incidencia práctica y concreta frente al caso *sub iudice*.

Bien, de acuerdo con la Resolución 48/104 de la Organización de las Naciones Unidas de 1994, existe violencia contra la mujer cuando, en razón del sexo de la víctima, el victimario le inflige daños o sufrimientos físicos, sexuales o psicológicos; este punto de partida es el resultado de la evolución jurídica del tratamiento de la violencia contra la mujer, desarrollado en la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Declaración sobre la Eliminación de Violencia contra la Mujer (1993) y en otra serie de convenciones, recomendaciones, y protocolos, cada vez más sofisticados y numerosos, en los cuales se insistía en la tipificación generalizada de los delitos de violencia de género, teniendo como referente el comportamiento descrito por la ONU, mencionado al inicio de este párrafo.

La legislación colombiana fue una de las primeras en incorporar las exigencias de los mencionados instrumentos: ya en el año de 1996 se promulgó la Ley 294 que estaba referida, de modo genérico, a la violencia intrafamiliar y, aunque esta forma de violencia afecta en mayor medida a la mujer, al menos en términos estadísticos, lo cierto es que dicha normatividad no aludía en forma directa al fenómeno de la violencia contra la mujer.

En tal sentido, la Ley 1257 de 2008 resultó mucho más expresa y severa, conforme lo sugiere su propio título: “por la cual se dictan

normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”. Esta legislación, tal y como lo reconoce su exposición motiva, responde a las exigencias hechas por algunos grupos de activistas al Estado para que tomara medidas drásticas frente a la violencia contra las mujeres y, con ella, se quería extraer del ámbito privado una serie de comportamientos que, vistos de manera panorámica, hacían parte de una estructura social machista; así, la violencia de género pasó a ser un asunto público y un problema al que el Estado debía poner freno. Consecuente con este punto de partida, la Ley 1257 introdujo –por primera vez– en la legislación criminal colombiana la figura del feminicidio, si bien como un delito innominado, al amparo del complemento que hacía el numeral 11 del art. 104 al art. 103, bajo la siguiente fórmula: “[e]l que matare a otro...” “... si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer”.

Esta redacción describía el feminicidio de modo sencillo y abarcaba –por su generalidad– diversas situaciones en las cuales una mujer era muerta en el marco de la violencia de género, al prescindir de enumeraciones casuísticas que limitaran su aplicación. Sin embargo, su definición estaba ligada a un ingrediente subjetivo, necesarísimo en orden a diferenciar el feminicidio de los supuestos de homicidio simple en los cuales el sujeto pasivo fuera una ‘mujer’, pero cuya inclusión oponía, al mismo tiempo, dificultades significativas a la subsunción en cada caso. Este punto es, por cierto, el que mayor interés suscita en la sentencia examinada.

En el caso juzgado, el debate en torno a la aplicación o no de la agravante prevista en el número 11 del art. 104 del Código Penal deriva de la discusión sostenida en las instancias, pues, en la primera, el agente fue condenado por un homicidio doblemente agravado por los numerales 1. y 11. del art. 104 *ibídem*, mientras que, tras la apelación, a ojos del *ad quem*, la condena sólo podía agravarse en razón del nexo familiar entre la víctima y el victimario, descartando la agravación por feminicidio. Ante este panorama, el apoderado de las víctimas interpuso recurso de casación para que la Corte determinara si los hechos sometidos a juicio constituían un uxoricidio y/o un feminicidio.

La Corporación encontró que la calificación jurídica correcta de la conducta era la de feminicidio (numeral 11.) y que, por lo tanto, se le debía dar aplicación, no sólo al agravante del numeral 1. del art. 104, sino, también, al previsto en el numeral 11. del mismo artículo. Lo anterior, en la medida en que, para la Corte, una conducta feminicida no exige –necesariamente– el concurso de un sentimiento misógino y, por lo tanto, no es preciso comprobar un odio irracional y generalizado hacia todas las mujeres; por el contrario, en tratándose del ámbito relacional, indica la Sala, cuando una relación sentimental se caracteriza por reiterados actos

de dominación, en que se trata a la mujer como un ser desprovisto de libertad y se la reduce a un objeto de dominio y de posesión por parte de su pareja, dicha cosificación es la prueba fehaciente –y suficiente– de los actos de discriminación que, para la Corte, permiten afirmar la existencia de un hecho de violencia de género.

De esta forma, se explica en la sentencia, quienes ejercen actos de violencia de género contra la mujer dentro del ámbito relacional, lo hacen, a veces, sin ser conscientes de que su proceder hace parte de un sistema de dominación sobre las decisiones vitales de las mujeres, pues su obrar ha sido predeterminado por una nociva cultura machista. De ahí que, aunque el autor de dichos actos no profese de manera positiva un sentimiento de desprecio hacia toda la comunidad femenina, sus acciones perpetúan –aunque él no lo sepa– un odioso ciclo de violencia contra la mujer.

Una situación de absoluto control, dominación y posesión sobre la víctima es, ciertamente, una muestra de desprecio por la libertad de la otra persona, al igual que una negación de su dignidad como ser humano, el cual, atendidas las palabras de I. Kant dentro de su “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”, ha de considerarse un fin en sí mismo; por lo tanto, cosificar a una persona, reducirla a un objeto de propiedad que es incapaz de tomar decisiones sobre su destino, es un acto vejatorio y denigrante. En este sentido, la insistencia de la Corte en las reiteradas señales de dominio que se desprenden de la exposición de los hechos resulta apenas natural, en orden a afirmar el feminicidio en el caso concreto: las agresiones previas a la muerte de la víctima, las constantes amenazas que sufrió, la instigación y persecución padecidas por ella, constituyen muestras de su cosificación.

Sin duda, un trato denigrante y la negación sistemática de las esferas más íntimas de la libertad de una persona constituyen un acto de violencia. No obstante, resulta apresurado aseverar que la negación de la dignidad de la pareja sentimental es un acto exclusivo de la violencia de género contra la mujer, pues el trato desconsiderado, posesivo y denigrante puede presentarse en el marco de cualquier relación sentimental, sin importar que la misma sea una pareja homosexual, heterosexual o, incluso, una relación poliamorosa, es decir, un vínculo sentimental entre más de dos personas que constituyen nexos relacionales con el mismo ánimo de estabilidad que una pareja convencional; además, quien da tales tratos puede ser cualquiera de las partes de la relación, hombre o mujer.

En este sentido, conviene aclarar que la figura del feminicidio se traduce, conforme se indicó antes, en la muerte de una mujer por el hecho de ser mujer y no se afina en la circunstancia de ser la pareja del agresor, aunque ambos extremos puedan coincidir en ciertos casos. Por ello, acorde con esta definición, la figura examinada precisa que exista efectivamente una actitud machista frente a toda la población femenina, de tal manera que hay

feminicidio cuando se le da muerte a la mujer que es pareja actual o pasada del agresor, por el hecho de ser mujer (feminicidio íntimo) y, también, cuando se da muerte a una mujer desconocida o con la que no se tiene relación sentimental –pasada o presente–, por el hecho de ser mujer (feminicidio público). Las dos hipótesis tienen en común la aversión irracional del agresor hacia la mujer, tratándose de su pareja –anterior o actual– o no.

En el orden de ideas planteado por la Corte, en una relación posesiva marcada por la celotipia, necesariamente subyace una discriminación en razón de la identidad sexual, el género o la inclinación sexual de la pareja, postura esta que, además de reduccionista, si se aplicara con el mismo rasero a todos los homicidios circunstanciados por una relación de pareja, implicaría una violencia de género constante que no solo puede ser ejercida por los hombres contra las mujeres, sino, también, por las mujeres contra los hombres e, incluso, entre personas de un mismo género e inclinación sexual. Los celos y la idea de posesión sobre el otro asociada a los mismos no son, pues, privativos de los hombres.

Ahora bien, si se tiene en cuenta el art. 13 de la Constitución (1991), cuyo texto estatuye la igualdad, no solo material sino también formal, de todas las personas frente a la ley, resulta sospechosa –siempre en clave constitucional– la aplicación diferenciada de dos tipos penales, homicidio y feminicidio, frente a dos hechos idénticos, en los que sólo cambia el sexo de quienes son sujetos activo y pasivo.

Si bien es cierto que la política criminal colombiana se ha encaminado a proteger de forma reforzada a las mujeres en los casos de violencia de género y que la legislación precitada obedece, precisamente, a esa orientación, no puede pasarse por alto que esa protección reforzada debe realizarse dentro del marco constitucional, respetando los principios de un derecho penal liberal y, desde luego, con base en los soportes fácticos y probatorios de cada caso; por eso, asumir que un delito pasional es, necesariamente y en todos los casos, sinónimo de violencia de género, sin que existan pruebas suficientes del sentimiento de desprecio hacia el género de la pareja que anima al agresor, es, cuando menos, vejatorio del principio de legalidad.

Con lo dicho no se pretende negar la ocurrencia de feminicidios íntimos circunstanciados por los celos del sujeto agente; tampoco se cuestiona el que una concreta actitud dominante y posesiva tenga origen en la discriminación del sexo femenino que hace el agresor; lo que se discute es que tal nexos pueda presumirse sin más, debido a que, teniendo como referente el derogado numeral 11. del art. 104 CP, al obrar de tal modo se invierten las cargas probatorias y se impone un especie de *in dubio contra reo*.

Tampoco tranquiliza que la Corte afirme que el feminicidio es la expresión más grave de una cultura machista y que, por lo tanto, el feminicida, probablemente no es consciente de su desprecio discriminatorio hacia las

mujeres, señalando, al mismo tiempo, que en ello radica justamente la gravedad de su conducta. Pues, aunque es cierto que la cultura colombiana está muy permeada de comportamientos machistas, el que esta sea una conducta reiterada por algunas personas y que esté asentada en la cultura no puede ser, en realidad, un argumento para juzgar a alguien con un rasero más drástico: la responsabilidad penal es, no se olvide, de naturaleza individual y nadie puede ser juzgado ni condenado, mucho menos su comportamiento agravado, en razón del actuar de terceros que histórica o estadísticamente han procedido en el mismo sentido. El juicio de reproche en materia penal es de carácter singular y nunca colectivo.

Naturalmente, admitir que las personas no son conscientes de la incorrección de su proceder genera graves problemas en la aplicación de la ley penal, pues remite a los complejos problemas que suscita el error; además, respecto de delitos que incorporan un ingrediente subjetivo adicional al dolo –como el de feminicidio–, es aún mayor la exigencia para el fallador al momento de realizar el juicio de tipicidad, porque debe acreditar que el sujeto activo actuó con motivaciones especiales (fines, ánimos o móviles). En consecuencia, quien da muerte a una mujer, debe saber que le está dando muerte precisamente por su condición y ello ha de estar probado en el caso concreto, sin que sea posible presumirlo en perjuicio del reo.

Por lo apuntado, la decisión de la Corte suscita serios reparos en la medida en que se apartó del marco previsto por el numeral 11. del art. 104 CP, al remplazar los elementos subjetivos del tipo penal por ingredientes que, si se mira bien, no estaban contemplados en el mismo. Esto, en tanto que no se pronunció sobre los móviles de discriminación hacia la mujer que tenía el autor y, en vez de ello, decidió reemplazarlos por los comportamientos celotípicos dominantes y posesivos del agresor contra su víctima; presumiendo que los mismos sugieren, indefectiblemente, un desprecio hacia la mujer, sin que, para el caso concreto, se haya determinado el rechazo o aversión del sujeto activo frente a las mujeres.

El problema radica, entonces, en que no toda la condición de celotipia implica un rechazo de género y, por supuesto, no toda la violencia de género parte de manifestaciones celotípicas; en tal virtud, la Corte debió fundamentarse en las evidencias dentro del caso concreto para tomar su decisión.

La interpretación de la Sala fuerza, quizás de forma excesiva, el principio de legalidad en su intento por sortear la –evidente– dificultad que representa para el juez, en clave probatoria, la constatación de los elementos subjetivos diferentes del dolo. Desde luego que, por su propia naturaleza, los ingredientes subjetivos resultan inasibles para el juzgador y, por ello, es normal –mejor, necesario– que tales elementos se objetiven, pero esos referentes objetivos que permiten inferirlos deben tener la fuerza suficiente para superar el estándar probatorio que se exige en materia

penal; eso, precisamente, se extraña en la sentencia comentada, pues entre los argumentos no se deja ver un vínculo fuerte entre los comportamientos de dominación en el ámbito relacional y una aversión hacia la mujer, conforme lo exigía la disposición penal aplicada que utilizaba la fórmula “por el hecho de ser mujer”.

Otra cosa es el análisis del delito de feminicidio de cara a la ya mencionada Ley 1761 de 2015 (Rosa Elvira Cely), a cuyo amparo, según ha dispuesto el legislador, sí puede prescindirse del concreto ingrediente subjetivo distinto del dolo aludido en precedencia; la diferencia estriba en que, en este último caso, tal posibilidad viene dada por el creador de la ley.

Como consecuencia de ello, es verdad, la labor del juez se simplifica en la medida en que puede reemplazar el ingrediente subjetivo tantas veces aludido por una serie –muy variada– de elementos objetivos alternativos; aunque esta opción, también es cierto, amplía el ámbito del actual tipo penal de feminicidio hasta abarcar situaciones ajenas a la violencia de género; así, por ejemplo, bajo la nueva regulación se dispone que constituye un feminicidio toda muerte de una mujer en que se pruebe que el victimario tiene o tuvo “una relación familiar, íntima o de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella” (art. 104A a)), que cometió “el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar política o sociocultural” (art. 104A c)) o “[q]ue existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de la violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que haya sido denunciado o no” (art. 104A e)).

Como queda ilustrado con los tres ejemplos transcritos, la nueva legislación casuística y pormenorizada, que emula las consagraciones típicas del feminicidio que se han usado en países como El Salvador, Guatemala, México y Nicaragua, permite un análisis como el expuesto en la sentencia comentada, pues el texto legal posibilita dicha interpretación; lo anterior, al margen de sus falencias en punto de la técnica legislativa empleada o de los excesos que evidencia la política criminal que la inspira, como ocurre cuando, siempre a la luz del nuevo delito, se puede condenar por feminicidio cuando existan indicios de amenazas no denunciadas (!).

Muy probablemente, la sentencia comentada se convertirá en un hito dentro de la jurisprudencia nacional y está llamada a servir de guía para los jueces en la aplicación del delito de feminicidio recientemente incorporado al plexo legal, respecto del cual resulta un precedente válido, sin perjuicio de los reproches que cabe hacerle, conforme viene de verse, frente a lo previsto en el número 11., ya derogado, del art. 104 CP.

Referencias

Constitución Política (1991). Congreso de la República de Colombia. Colombia.

Ley 294 de 1996. Por medio de la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Diario Oficial No. 42.836. Congreso de la República, julio de 1996.

Ley 599 de 2000. Por medio de la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097 Congreso de la República, julio de 2000.

Ley 1257 de 2008. Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 47.193. Congreso de la República, diciembre de 2008.

Ley 1761 de 2015. Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 49.565. Congreso de la República, julio de 2015.

Organización de las Naciones Unidas—[ONU] (1994). Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución 48/104 de 1994 Recuperada de <http://www.uji.es/bin/organs/ui/legisla/int/7-r48-104.pdf>

Organización de las Naciones Unidas—[ONU] (1967). Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Organización de las Naciones Unidas—[ONU] (1979). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Organización de las Naciones Unidas—[ONU] (1993). Declaración sobre la Eliminación de Violencia contra la Mujer.

IV
Reseñas y recensiones



Cuéllar, Rigoberto. (Coord.) (2015). *Del valor de la Democracia en la Justicia: La exclusión de la prueba ilícita en el Proceso Penal y el respeto a los Derechos Fundamentales*. Libro en honor del Prof. Dr. Juan-Luis Gómez Colomer con ocasión de su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Tecnológica de Honduras, Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 354 p.

La obra objeto de la presente reseña, recoge las memorias de un magno evento realizado en Honduras (en diciembre del año 2013) y está dividida en tres partes: la primera de ellas, se dedica al acto de investidura como Doctor *honoris causa* del Prof. Dr. Juan-Luis Gómez Colomer; la segunda, contiene el texto de las ponencias presentadas por diferentes expertos en el marco del ‘I Congreso Jurídico Internacional Sobre Prueba y Proceso Penal’, celebrado en honor al referido catedrático; y, por último, la tercera, contiene la intervención que, con motivo de la clausura del acto referido, realizó el recién investido Doctor *honoris causa*, Prof. Dr. Juan-Luis Gómez Colomer.

En el evento señalado, auspiciado por la Universidad Tecnológica de Honduras (UTH) y el Ministerio Público del mismo país, la mencionada Universidad concedió el primer título de Doctor *honoris causa* al Prof. Dr. Juan-Luis Gómez Colomer reconocido catedrático y jurista español, cuya trayectoria académica e incasable labor docente, hacen más que merecida la distinción que le fue otorgada.

La trayectoria del homenajeado es, como lo corrobora la resumida relación efectuada en las líneas subsiguientes, fecunda y meritoria: el Prof. Dr. Gómez Colomer es licenciado en Derecho, graduado en Criminología y Doctor por la Universidad de Valencia, España. Es uno de los mayores especialistas en Derecho Procesal Penal comparado, ha realizado estudios postdoctorales por más de 8 años en Alemania, Italia y Estados Unidos y es becario de la

Fundación alemana Alexander von Humboldt, entre otras. Ha sido profesor de las universidades de Santiago de Compostela, Valencia y, actualmente, en la Universidad Jaume I de Castellón, donde, a lo largo de los últimos 15 años, también ha sido Director de Departamento, Decano y Vicerrector.

Su producción académica es impresionante: es autor de más de 25 libros y las conferencias impartidas en distintos países de Europa y América superan las 500; ha sido director de más de 10 tesis doctorales y, en 2013, recibió el Premio de Investigación del Consejo Social de la Universidad Jaume I de Castellón a la trayectoria investigadora.

Pero su legado no se circunscribe al campo académico, pues también ha contribuido a la construcción del Estado social de derecho, gracias a su apoyo activo en la elaboración de diferentes proyectos de ley, destacándose su colaboración en las reformas procesales penales ocurridas en Costa Rica, Honduras, Guatemala, Paraguay y Nicaragua, así como en la explicación de las reformas procesales penales de México, Argentina, Chile, Brasil y Perú. A lo anterior, se suma su intervención como redactor de los códigos Procesal Civil de Nicaragua (2001), Procesal Civil de Honduras (2007) y, últimamente, del anteproyecto de Código Procesal Civil en Guatemala.

No hace falta decir mucho más sobre los méritos y las cualidades que justifican el título otorgado al Prof. Gómez Colomer. A ellas se refiere la primera parte de la obra, tanto en el prólogo como en la *laudatio* realizada por uno de sus discípulos, el Dr. Rigoberto Cuéllar Cruz. Esta primera parte concluye con una lección magistral a cargo homenajeado intitulada '[l]a eficacia de la Justicia civil en tiempos de crisis: el nuevo proceso monitorio como solución jurídica'. En ella, el conferenciante, tras unas sentidas palabras de agradecimiento por el título otorgado, evidencia el abandono del que era objeto el proceso civil hondureño y destaca como, luego de que este permaneciera un siglo sin modificaciones, la implementación de la oralidad ha hecho surgir algunas cuestiones que deben ser discutidas.

La segunda parte del libro se dedicó, conforme ya se indicó, a las memorias del 'I Congreso Jurídico Internacional Sobre Prueba y Proceso Penal'. La relevancia y la pertinencia de esta recopilación es más que evidente, no sólo por la escasez de investigaciones rigurosas en nuestro medio sobre dicho tema, sino, en especial, debido a

que los sistemas procesales latinoamericanos y, en especial, los centroamericanos, han abandonado los modelos mixtos de tendencia inquisitiva e implementado regímenes predominantemente acusatorios, lo cual propone, no hace falta decirlo, nuevos retos en materia probatoria.

Sobre dichas cuestiones giran, en términos generales, las ocho ponencias recogidas en esta segunda parte, dictadas por los expertos invitados, así: la primera, a cargo del Dr. César Barrientos Pellecer (Q.E.P.D.), bajo el título '[e]l acceso a la justicia y la reforma procesal penal de Guatemala'; la segunda, pronunciada por el Dr. Rigoberto Cuéllar Cruz, denominada '[a]lgunas reflexiones sobre la prueba en Honduras, desde la perspectiva del fiscal'; la tercera, impartida por el Dr. Iñaki Esparza Leibar, intitulada '[e]l ADN en la investigación criminal del S. XXI. Implicaciones y exigencias. Conceptos que necesariamente deben ser tenidos en cuenta a la hora de su regulación'; la cuarta, realizada por el Dr. Eskándar Gánem Hernández, llamada '[l]a prueba en el Proyecto de Código Nacional de Procedimientos Penales en México'.

A las anteriores se suman, en quinto lugar, la ponencia de la Doctora Christa María Madrid Boquín sobre '[l]a evolución de la regla de exclusión en los Estados Unidos de América'; en sexto lugar, la conferencia del Doctor Víctor Moreno Catena, denominada '[l]a fundamentación de las medidas cautelares y de las medidas de protección en el proceso penal' y cerrando la segunda parte, en séptimo y octavo lugares, respectivamente, las intervenciones de la Doctora Andrea Planchadell Gargallo, cuya ponencia llevó por título '[l]a prueba del mal carácter ¿una excentricidad?' y del Doctor José María Tijerino Pacheco, quien expuso sobre el '[d]erecho de defensa y medios de prueba en América Latina'.

Finalmente, la tercera parte de la obra, dedicada a la intervención del Prof. Dr. Juan-Luis Gómez Colomer, quien clausuró el evento, con una ponencia aguda, sugerente y que invita a la reflexión sobre una cuestión trascendental; su intervención fue titulada '[n]o es un principio de la Ley Procesal Penal que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio: la interpretación del principio en España y su práctica'.

La obra, de 354 páginas, constituye, sin lugar a dudas, una contribución académica muy importante, además de un sentido y merecido homenaje al Prof. Dr. *h.c.* Dr. Juan-Luis Gómez Colomer.

Me gustaría terminar estas líneas, además de recomendando la lectura de esta importante contribución académica, sumándome a este reconocimiento y aprovechando para manifestar la admiración, estima y gratitud que le tenemos en esta casa de estudios, la Universidad Sergio Arboleda, al Prof. Gómez Colomer por sus innegables mérito académico y magisterio, pero, sobre todo, por sus calidades personales y su incuestionable afecto por sus amigos y estudiantes colombianos.

Laura Castillo Garay

Posada, Ricardo. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá: Universidad de los Andes – Grupo Editorial Ibáñez.

Esta obra, fruto del trabajo ininterrumpido del profesor Ricardo Posada Maya en la Universidad de los Andes, persigue, en dos tomos, los siguientes objetivos: 1º) estudiar y analizar los tipos penales de los ocho capítulos del Título I del Libro Segundo del Código Penal colombiano; 2º) plantear discusiones dogmáticas con los autores más consultados en nuestro medio; y 3º) proponer una fuente de investigación y consulta técnica, muy sencilla, concisa y documentada (T. I. p. 19).

El primer tomo (de 355 páginas) se encuentra dividido en dos capítulos. En el I, denominado ‘nociones preliminares’, el autor realiza una breve introducción a la Parte Especial y, de paso, explica sucintamente la teoría material del delito y algunos aspectos generales del tipo penal (noción, elementos y clasificación). El II, por su parte, versa sobre la vida (como bien jurídico-penal), el homicidio en sus diversas modalidades (doloso simple y agravado; imprudente simple y agravado; preterintencional, por piedad; filial), la inducción o ayuda al suicidio y, por último, el genocidio (y la apología al mismo).

A mi juicio, los contenidos que merecen especial mención del primer tomo son los siguientes: a) el homicidio mediante prácticas que puedan dar lugar a contagio del virus del SIDA (el autor opta por tipificar lesiones personales complejas) (pp. 130-134); b) el homicidio por sicarios o *pretium delicti* (que exige conocer a fondo los alcances de la determinación) (pp. 138-145); c) el homicidio con sevicia (y su relación concursal con la tortura) (pp. 159-172); d) el homicidio con insidia, alevosía o prevalimiento (reconstruido en ‘clave’ de la doctrina tradicional) (pp. 173 - 188); e) el homicidio agravado por odio de género (que, coincidimos, vulnera el principio de igualdad material y proporcionalidad en sentido amplio) (pp. 204-208); y, por último, f) la preterintención (con sus respectivas clasificaciones: propia e impropia; heterogénea en sentido progresivo, homogénea y propiamente heterogénea) (pp. 242-252). En fin, puede afirmarse que el estudio del homicidio en el libro *sub exámine* constituye, por sí solo, un solo trabajo sobre el asunto (186 páginas, una tercera parte del trabajo).

El segundo tomo (de 232 páginas) también está compuesto por dos secciones. El Capítulo I aborda las lesiones personales y todas

sus variantes (simples, complejas, culposas, etc.), las causales de agravación aplicables (incluido el denominado parto o aborto ‘preterintencional’) y el tipo penal de ‘sustracción de componentes anatómicos’. El Capítulo II, a su turno, estudia las infracciones contra la vida (e integridad personal y salud psicofísica) de la criatura que se encuentra en el vientre materno, el abandono de personas, la omisión de socorro y los delitos contra el patrimonio genético y contra el derecho a la igualdad (y la dignidad humana).

Los aspectos a destacar del segundo tomo son los siguientes: a) el análisis de la tentativa de lesiones personales (pp. 38-41); b) la solución propuesta al problema concursal entre las lesiones personales consumadas y la tentativa de homicidio doloso (pp. 44-45); c) la compleja (y al mismo tiempo crítica) exposición del parto o aborto ‘preterintencional’ (pp. 76-85); d) la férrea defensa de la vida del *nasciturus* como bien jurídico protegido en el delito de aborto; e) el minucioso estudio de las estrechas relaciones entre los diversos tipos de abandono y otras figuras típicas muy cercanas (lesiones, homicidio, omisión de socorro, etc.) (pp. 134-155); y, por último, f) la oposición dogmática a diversas manifestaciones (prácticas y políticas) del populismo punitivo. Por ejemplo, el grave error en el que incurren los fiscales al imputar tentativa de homicidio en los ataques mediante sustancias destructivas del tejido humano (p. 53) o el vano intento del legislador de “derogar la teoría del dolo sin conseguirlo, promoviendo la imputación de un dolo de homicidio con base en un dolo de abandono” (p. 153).

El texto, en general, presenta varias características que lo hacen particularmente atractivo para quienes inician el estudio de la Parte Especial. Para comenzar, el capítulo introductorio (naciones preliminares) se convierte en una herramienta indispensable para repasar temas claves de la Parte General. Además, el autor cita constantemente jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Internacional Penal. En tercer lugar, cuando es necesario, el lector puede encontrar esquemas que facilitan la memorización (por ejemplo, la clasificación de las lesiones personales, p. 28, T. II). Por último, Posada Maya jamás pierde de vista las circunstancias de mayor y menor punibilidad (arts. 58 y 55 C.P.), que entran en juego con los diversos tipos penales modificados agravados y atenuados.

En suma, nos encontramos frente a un texto muy bien escrito, coherente desde el punto de vista sistemático, rico en fuentes y

didáctico; una obra que aporta valiosos elementos a múltiples debates de la Parte Especial (e incluso de la Parte General). Para terminar, no sobra destacar la responsabilidad académica del autor a la hora de abordar temas complejos (y delicados) desde el punto de vista filosófico y político. El profesor Posada Maya expone fiel (y respetuosamente) posiciones contrarias a su propuesta. Por ejemplo, el *criterio religioso católico* (que personalmente sigo) según el cual la vida es un bien jurídico absoluto (no disponible); revestido del mismo valor dentro o fuera del vientre materno (el delito homicidio y aborto suponen el mismo desvalor de resultado); y que no admite ninguna clase de manipulación (incluso antes del momento de la anidación) (T. I, p. 73-74).

Juan David Jaramillo Restrepo

Lenis, Karin. (2014). *El sistema de responsabilidad penal de menores. Un estudio de las legislaciones de España y Colombia desde la teoría del Derecho penal del enemigo*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez-Universidad de Los Andes, 644 p.

Al examinar el prólogo y el acápite introductorio, el lector puede hacerse una idea de la profundidad y la valía del texto, pero es al terminar su lectura cuando se comprenden la trascendencia y riqueza que ofrece la obra; en la que se destaca la rigurosidad investigativa que justifica plenamente la reseña que aquí se presenta. El libro, que fue coeditado por la Universidad de los Andes, emana de la tesis doctoral que desarrolló la Doctora Lenis Sanín, dentro del programa de Doctorado que adelantó en la Universidad de Sevilla, donde, como lo destacan sus prologuistas, fue valorado con la máxima calificación académica y la mención honorífica *cum laude* por unanimidad.

Como lo expone su autora, la investigación se ocupa del análisis del fenómeno de la irrupción del 'Derecho penal del enemigo' en los sistemas de responsabilidad penal de menores, vigentes en España y Colombia. El trabajo se presenta en dos secciones: la primera, se ocupa del estudio general de la delincuencia de menores, mientras que, la segunda, se destina a lo que la autora denomina la irrupción del 'Derecho penal del enemigo' en ese ámbito, así como a sus consecuencias. Estas temáticas se desarrollan en cinco capítulos por cada apartado.

En el Capítulo I, se hace una delimitación conceptual de los vocablos y terminología aplicables al área objeto de estudio, con una exposición especialmente crítica del denominado 'Principio de interés superior del menor' y de su aplicación práctica en las jurisdicciones penales de menores, tanto en el modelo Español como en el de nuestro país. En el Capítulo II, se ocupa, como lo sugiere su título, de los factores etiológicos de la delincuencia juvenil, del proceso de socialización de menores y sus agentes, como también, de las teorías que los explican.

En seguida, en los capítulos III y IV, se analiza con una visión crítica la legislación en materia de sistemas penales de menores en España y Colombia, desde el punto de vista histórico y de su evolución hasta nuestros días. En el capítulo V, en total consonancia con su denominación, se aborda el estudio de los modelos para el tratamiento jurídico-penal de la delincuencia juvenil, temática con la cual se concluye la primera parte de la investigación.

El capítulo VI, que da inicio a la segunda parte o sección del libro, trata propiamente el tema del 'Derecho penal del enemigo' y su inmersión en los sistemas de tratamiento jurídico-penal de menores; identifica los postulados de esa corriente, su evolución, las posturas doctrinales en contra y a favor, las razones de incoherencia e inconveniencia de la promoción de este discurso en el contexto colombiano y los elementos a través de los cuales se materializa esa corriente en los sistemas de responsabilidad penal de menores.

En el Capítulo VII, como lo sugiere su título, se analizan los criterios doctrinales para la determinación de los márgenes de edad para el sometimiento de menores al sistema penal y, al final, hace una propuesta personal para este asunto. El siguiente capítulo, el VIII, se dedica a la problemática normativa de la inimputabilidad del menor de edad y el tratamiento de este concepto en el ámbito de responsabilidad penal.

El Capítulo IX, intitulado 'menor como foco de peligro', se aborda el estudio de los aspectos y modalidades de criminalidad que rodean ese calificativo y de la respuesta del sistema penal de menores a esa problemática. El último capítulo, el X, se dedica a las medidas penales aplicables al menor de edad y a la evolución de aquellas. Para culminar, se presenta un acápite de conclusiones en el cual se ofrecen las ideas principales de cada capítulo, según la temática abordada.

Se trata de una obra que, como lo sostienen sus prolonguistas, constituye un aporte científico invaluable que se convierte en un texto de necesaria consulta para estudios del área, de grata lectura.

Ingrid Bibiana Muñetones Rozo

V
Entrevista



Profesor José Hurtado Pozo

María Alejandra Troncoso Torres

Formación académica y profesional

Es abogado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1966), Doctor en derecho de la Université de Neuchâtel (1971), Becario de la Confederación Helvética-Université de Neuchâtel (1967-1971) y Becario de la Fundación Alexander von Humboldt.

Fue Profesor invitado del *Max-Plank Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de Freiburg im Breisgau entre los años 1975 y 1977 y Profesor principal de Derecho Penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, hasta 1982. Fue miembro del Consejo del Instituto de Federalismo de Fribourg, desde 1989 al 2012.

Entre 1993 y 1995 se desempeñó como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fribourg, para la cual también ejerció como Jefe del Departamento de Derecho entre 2005 y 2012 y Presidente del jurado de tesis de doctorado hasta 2012. Es experto de la Misión de Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA), desde el año 2000.

Colaborador internacional del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (México) y miembro invitado de la *Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire*. Ha recibido la distinción *Honoris Causa* en tres ocasiones, por parte de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, Nacional de Trujillo y de Cajamarca. Fue responsable del convenio entre la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Fribourg.

Actualmente, es Director de la Revista *Anuario de Derecho Penal*, Lima, Editor responsable del portal «*derechopenal*»: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/>, Correspondant de la *Revue Pénitentiaire et de droit pénal* (Francia), miembro del Consejo Consultivo Internacional de las revistas Mexicana de Prevención y Readaptación Social (México), Nuevo Foro Penal (Colombia), Cuadernos de Derecho Penal (Colombia) y Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. También se desempeña como Profesor de Derecho Penal y de Derecho procesal penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Fribourg, tarea que ejerce desde 1982 y es Profesor en la Sección de postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, desde el año 2012.

Es Profesor Honorario de las universidades San Martín de Porres, Nacional de Arequipa, del Altiplano, Privada de Huancayo, Privada de Moquegua, Católica Santa María de Arequipa, Nacional de Huamanga y Academia de la Magistratura del Perú. Miembro honorario de los colegios de abogados de Trujillo, Cuzco, Junín, Piura, Trujillo y Callao.

Ha sido distinguido con los siguientes homenajes: Livre hommage au Prof. José Hurtado Pozo, por la Facultad de Derecho de la Université de Fribourg. Editores: N. Queloz, M. Niggli y Ch. Riedo, Schulthesse, Zurich 2012, Jurista de dos Mundos. Libro homenaje al Prof. José Hurtado Pozo, por juristas peruanos y extranjeros, Editorial IDEMSA, Lima 2013, Condecoración Francisco García Calderón, máximo galardón otorgado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, condecoración con la "Orden por Servicios Distinguidos" en el grado de Gran Cruz por parte de la Academia de la Magistratura y el reconocimiento como Ciudadano Ilustre de la Ciudad del Cuzco¹.

C.D.P.: Profesor, por favor, cuéntenos acerca de su formación y su trayectoria académicas.

Prof. José Hurtado Pozo: Quizás influenciado por mi formación preuniversitaria en escuelas y colegios públicos, en el interior del país y en la capital, mi orientación estaba dirigida a los problemas sociales. Entre los libros que mis padres dejaban a mi disposición siendo niño, recuerdo los pequeños ejemplares de los cuentos de Álvaro Yunque (Poncho), de Abraham Valdelomar (Orovilca) o de

¹ La información ha sido tomada de la hoja de vida suministrada por el Profesor Hurtado Pozo.

Edmundo d'Amicis (Corazón). Lecturas que condicionaron a que me inclinara más, al iniciar mis estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1957), hacía el Derecho penal y la Criminología que al Derecho civil. En los que percibía una mayor preocupación por las personas, su contexto vital y reacción social de que eran objeto en caso de comportarse contrariamente al derecho. Lo que me lleva a preguntarme, hoy en día, que hubiera pasado si en esos lejanos e iniciales años hubieran estado de moda las concepciones normativistas extremas del funcionalismo. Tal vez, habría preferido los estudios de Sociología que comencé a realizar simultáneamente con los de Derecho (en la reciente sección organizada en San Marcos). Sin embargo, esta alternativa no era real, pues por necesidades pragmáticas tenía que seguir la carrera de derecho con la esperanza de poder tener un trabajo y un salario más tarde.

C.D.P.: ¿Quién es el teórico del Derecho penal que más influyó en su formación profesional y académica y por qué?

Prof. José Hurtado Pozo: Su pregunta me sugiere una cuestión que siempre se me plantea cada vez que, con la ligereza que caracteriza a muchos de nosotros, alguien es tratado de 'maestro' o de 'maestro de maestros'. Cuando se me da este tratamiento y tengo ocasión de comentarlo, digo que tal calificación debe corresponder a quien no sólo transmite conocimientos, sino también una actitud ejemplar ante los compromisos sociales y personales significativos. Es decir, cuando se da la relación estrecha del 'maestro' con el 'aprendiz', que forja tanto un técnico como una personalidad ética y social. En este sentido, no he tenido la suerte de contar con un tal 'modelo', aunque sí con algunos buenos profesores conocedores de la materia y con habilidad pedagógica. No obstante, debo reconocer que si he encontrado 'contra modelos', que seguí no de acuerdo con lo que mostraba la fotografía revelada sino con el 'negativo' del film. En buena cuenta, la moraleja que deduzco es que, debido a cómo funcionan y siguen funcionando la gran mayoría de nuestras universidades, cada estudiante debe tener conciencia de que su formación depende de su capacidad de ser un buen 'autodidacta'. Tampoco debo olvidar que el aspecto 'negrero' de uno de ellos, me dio la gran oportunidad de reemplazarlo como 'meritorio' (no remunerado) en la realización de los ejercicios prácticos. Por lo que puedo decir que tengo más de cincuenta años en la docencia y, al mismo tiempo, reconocer que, a pesar de esta larga experiencia, no logré alcanzar un buen nivel pedagógico (como pueden testificar

tanto los que sirvieron de ‘conejillos de indias’ como los que me soportaron, canoso y encorvado).

C.D.P.: ¿Y durante su formación en Europa?

Prof. José Hurtado Pozo: La respuesta solo puede ser diferente, pero no porque en Suiza o Alemania haya encontrado el maestro que no se me cruzó en el Perú. En el primer país (1967), llegué becado por la Confederación Suiza para realizar estudios de postgrado. Una vez optada la vía del doctorado, era cuestión de encontrar un profesor interesado en dirigir la elaboración de la tesis. La solución estaba estrictamente condicionada por el hecho que la beca había sido otorgada para estudiar en la Universidad de Neuchâtel, donde el único profesor de derecho penal y procesal penal era François Clerc, quien era el gran procesalista en lengua francesa y un experto redomado de derecho comparado. De gran rigor académico y moral. En la primera entrevista que tuve con él sobre mi proyecto de tesis, fue tan claro y tajante en su actitud como grande fue mi desilusión. Las razones eran claras y comprensibles. Entre ellas destaco dos: la primera, durante muchos años de experiencia personal, ningún estudiante árabe o latinoamericano había persistido hasta finalizar sus estudios. La segunda, ante mi respuesta que no leía ni hablaba el alemán, su objeción fue que no podíamos entrar en materia hasta que, al menos, pudiese leer la lengua de Goethe. Todo esto complicado por la obligación de aprobar un examen oral y escrito sobre las principales instituciones jurídicas suizas (en realidad todas las materias de formación profesional), debido a que no era razonable otorgar un doctorado en derecho suizo sin estar familiarizado con este.

La hosquedad y reticencias del profesor Clerc fueron disminuyendo a medida que percibía mis esfuerzos para vencer estas barreras. Nuestras relaciones mejoraron mucho debido sobre todo a su gran humanismo y apertura académica. Al culminar mi tesis y obtener el doctorado, creo que bien merecía lo llamara, como se hace en alemán, *Doktorvater*. No me enseñó Derecho penal porque en su condición principalmente de procesalista no era un gran ‘dogmático’, pero sí fue para mí un modelo de profesor, investigador y persona íntegra.

En Alemania (1975), como becario de la Fundación Alexander von Humboldt, fui acogido en el Instituto Max-Planck de Freiburg en condición de *Gastprofessor*. La idea que entonces tenía de los institutos alemanes era la de que se trataba de centros de estudio y difusión

de la Dogmática. Por tanto, lugares ideales para el intercambio, la discusión y transferencia de conocimientos. En la medida en que grande era la ilusión también fue enorme el desencanto. En el Instituto que me acogió, esto se debió, en mi caso, tal vez a las dimensiones que tenía y al elevado número de huéspedes que de todas las latitudes lo frecuentaban. Para su buen funcionamiento necesitaba entonces un gran aparato administrativo, en el que participaban también los responsables académicos de los sectores en que estaba dividido. De modo que esperar encontrar modelos académicos, en el sentido antes indicado, resultaba imposible. Los aspectos positivos eran de otra índole: la magnífica biblioteca permitía embarcarse en serios trabajos de investigación (lo que facilitó la preparación de la primera edición de mi “Manual de Derecho Penal”), las relaciones personales que se multiplicaban con penalistas de diversos orígenes y orientaciones (sin esta ayuda no hubiese conocido a los colegas, luego amigos, latinoamericanos, españoles, italianos, holandeses y alemanes), los coloquios y conferencias frecuentes sobre diversos temas permitieron conocer numerosos profesores alemanes (con algunos de los cuales logré mantener contactos duraderos). De modo que no puedo reclamarme, como sucede con otros colegas latinoamericanos, discípulo de un profesor suizo o alemán. ¿Debo lamentarme o reconocer una deficiencia de mi parte? No lo sé. Pero sí estoy seguro de que, gracias a mi formación sobre todo suiza y a que mi estancia alemana tuvo lugar en un Instituto en el cual el profesor responsable era sobre todo un ecléctico en la Dogmática penal, no sentí la necesidad de seguir una capilla determinada y, adoptar, más bien, una actitud pragmática orientada a analizar el Derecho y plantear soluciones con la preocupación de la mejor comprensión y aplicación del derecho positivo nacional. De manera que, considerando que los estudios penales en el Perú no habían llegado a recepcionar cabalmente las concepciones causalistas, preferimos establecer un puente con las nuevas concepciones finalistas imperantes entonces en Europa. Casi lo mismo, hemos hecho frente al funcionalismo pues las ideas finalistas tampoco habían sido suficientemente asimiladas. Lo decisivo no es estar a la moda, sino asimilar las novedades dogmáticas en consideración a las necesidades y exigencias de la realidad social, económica y política.

C.D.P.: Podría darnos algún detalle de los colegas latinoamericanos que conoció en el MPI?

Prof. José Hurtado Pozo: Fuera de que debería establecer una lista muy larga, carezco de las virtudes de un novelista o cuentista

para presentar a cada uno de los personajes. Me limitaré a recordar sólo dos de ellos. Por ejemplo, Edgardo Rotman, argentino, que monopolizaba la pieza donde se encontraban los libros sobre derecho penal latinoamericano, todas las tardes y con el noble propósito de hacer su siesta tranquilamente. Un original que había explorado temas de derecho penal económico y trepado, hecho un spiderman, algunos edificios de Buenos Aires. Poliglota, termina como profesor e investigador en los Estados Unidos. Francisco Castillo, tico, empeñado en hacer una tesis sobre el tratamiento procesal y material del delito continuado, partiendo de la idea de que ese instituto no había sido regulado en el Código Penal de Costa Rica y sin contar, tragedia imprevisible, que décadas después desaparecería como categoría autónoma en la dogmática y legislación. Un ‘corredor de fondo’ que emprende esta tarea después de haberse doctorado en Francia y escrito una Parte General bajo esta influencia. Abogado penalista de mucho éxito, visita anualmente el Max Planck de Freiburg, donde recoge el material que le permite lanzarnos cada año un magnífico libro. Así pasa sus vacaciones y se complace en perturbar las de nosotros sus lectores impenitentes. Mi orgullo es el de conservar en el cálido sur la amistad comenzada, en los años setenta del siglo pasado, en la frígida Alemania.

Abusando de su paciencia, no puedo dejar pasar la ocasión para recordar un latino (suizo italiano), Dick Marty. Nuestro primer contacto lo tuvimos en Neuchâtel, en donde él terminaba sus estudios de Derecho y yo comenzaba mi trabajo de doctorado. Nos volvimos a encontrar años después en el Max Planck de Freiburg, él como Referendar (especialista encargado del derecho suizo), yo como *Gastprofessor* del Instituto. Su ayuda, así como la de su esposa, fue decisiva en el ámbito académico y personal en la etapa de mi integración con mi familia al contexto alemán, sobre todo por las dificultades de comunicación en momentos cruciales de la vida de todos los días. Debido a su excelente formación jurídico penal llegó a ser un eficaz procurador en el Ticino, su cantón de origen. Al integrarme, años más tarde (1982), a la Universidad de Fribourg, lo encontré como parlamentario. Actividad política en la que se llegó a destacar tanto a nivel suizo como europeo, principalmente por su defensa de los derechos humanos y del Estado de derecho social democrático.

C.D.P.: ¿Cómo se vinculó usted al mundo académico colombiano?

Prof. José Hurtado Pozo: Mis relaciones con parte del mundo académico colombiano son también de origen germánico e, igualmente,

en el ámbito del Instituto Max Planck. Hace muchos años, en una ocasión que visité este Instituto (1985), me presentaron a un joven latinoamericano con una melena leónica y una barba mefistofélica, de un negro azabache. Los factores afectivos funcionaron rápidamente, a pesar de la diferencia de edades, a favor de una relación personal y académica muy positiva. Ese joven penalista es el Prof. Fernando Velásquez, ahora casi calvo, sin barba ni bigotes mexicanos. Gracias a él, cuando visité por primera vez Medellín (1987), conocí a Nodier Agudelo, con quien se había formado y, más tarde, a otros colegas de Bogotá, Cali y Buga, que no menciono para no ofender a ninguno de ellos por haberlo omitido. En los últimos años, este vínculo con Colombia se ha acentuado gracias a la interesante actividad desarrollada por Fernando en la Universidad Sergio Arboleda con la ayuda de un excelente equipo. Pero cómo no mencionar a Fernando Tocora, Carlos Gálvez Argote, Hernando Londoño Berrío y, una vez más, a Nodier Agudelo.

C.D.P.: Profesor, volviendo a su experiencia europea, podría comentar a nuestros lectores, ¿qué lo llevo a desarrollar su trayectoria profesional en un país como Suiza?

Prof. José Hurtado Pozo: Al respecto, hay que considerar que mi primer y decisivo contacto con el mundo jurídico suizo fue como doctorando de la Universidad de Neuchâtel (1967). El tema de mi tesis era la recepción del derecho penal suizo en el Perú, limitado a la Parte general del mismo. La idea original de orientar la investigación tanto hacía el aspecto sociológico como jurídico (inspirada en parte en los trabajos sobre la *Rezeptionstheorie* realizados sobre todo por los civilistas y romanistas) fue abandonada porque según el Prof. Clerc se trataba de un trabajo destinado al otorgamiento de un doctorado en derecho y no en sociología. El aspecto positivo fue que el análisis comparatista de los derechos suizo y peruano me permitió profundizar mis conocimientos sobre todo en la teoría del delito y la técnica legislativa helvética en aplicar sus conceptos en la elaboración de un Código Penal.

C.D.P.: Pero, díganos ¿por qué escogió Suiza y no Alemania o Italia (muy influyente entonces entre los latinoamericanos por el positivismo criminológico) o España (cuyo derecho estaba en los orígenes del derecho de nuestros países y sus juristas difundían en español las ideas tudescas)?

Prof. José Hurtado Pozo: La respuesta tiene algo de anecdótico y de 'histórico'. Lo circunstancial fue que al iniciar mis cursos

de doctorado en la Universidad de San Marcos (1966), luego de finalizar mi formación de jurista, tuve la suerte de frecuentar al Prof. Manuel G. Abastos, historiador reputado del período republicano reconvertido al derecho penal, quien me aconsejó, percibiendo mi afán de iniciar mi formación de penalista, que si alguna vez decidía estudiar en el extranjero debería hacerlo en Suiza. Consejo que me sorprendió mucho, pues ya entonces y debido a las visitas esporádicas de Jiménez de Asúa al Perú, la 'voz' era ir a Alemania. Su explicación fue simple e 'histórica': me manifestó que el Código Penal peruano de 1924 era una copia casi literal de los proyectos de Código Penal suizo de 1916 y 1918 y que, en consecuencia, estudiar el derecho penal helvético implicaba estudiar las concepciones implícitas en el código peruano. Iluminado y convencido por esta explicación, partí a la caza de una beca que me permitiera viajar a la 'Tierra prometida'. Lo que logré al obtener la generosa ayuda de la Confederación Suiza. Así fue como me convertí en el primer becado penalista latinoamericano en ese país y, muchos años más tarde, el primer peruano en ser profesor y decano de una Facultad de Derecho en la Europa no hispánica. Todo esto suena muy pretencioso, pero no lo es si se tiene en cuenta que es el resultado de una 'relación causal' que desencadena el recurso (muy peruano y hasta latinoamericano) de elaborar las leyes nacionales copiando las extranjeras consideradas como modelos perfectos. Seguido por el encuentro casual con un profesor, que descubre a un alumno algo que nunca había sido mencionado durante los años de su formación profesional: la fuente legal foránea de la ley nacional. Continuado con el vínculo establecido con un profesor europeo de lengua francesa, docente en una universidad bilingüe, quien años después se jubila y, oportunamente, no tiene sucesor porque el perfil buscado por la Facultad era el de un latino (excluidos por tanto todos los germánicos), francófono, con formación germánica (como un becario Humboldt) y doctorado en derecho suizo. De modo que fruto del azar o de la 'mano de Dios' (Maradona), el que habla era el único que por suerte tenía ese perfil. Moraleja: no es tanto la persona el factor decisivo sino la serie de circunstancias sociales que coinciden un momento dado y producen el resultado menos esperado (al menos para el interesado directo). Cuestión de estar en el lugar y momento estelar y solo tener la habilidad de atrapar al vuelo la bella ocasión.

C.D.P.: Descríbanos, de forma breve, lo más relevante de su trayectoria durante sus años como abogado penalista.

Prof. José Hurtado Pozo: Mi temprana orientación a la investigación y a la docencia me alejó de la práctica de la abogacía. Al año siguiente de terminar mis estudios, viajé a Suiza. No obstante, durante mis estudios tuve que hacer prácticas judiciales y durante unos meses tuve a mi cargo algunos pequeños casos penales. Pero esto no compensaba el enorme vacío que significa no haber experimentado el funcionamiento concreto del sistema de control social en el ámbito penal. Necesario era evitar encontrarme un día ante el reproche que se hace a veces a un sacerdote en celibato por dar consejos en materia de relaciones conyugales, cuando solo conoce las resultantes de su compromiso nupcial de por vida con la Santa Iglesia. A mi regreso de Suiza (1971), después de más de cuatro años de ausencia y consciente de que no debía ser un simple y profundo teórico, me planteé frecuentar la praxis judicial y abogadil. La oportunidad se me presentó cuando se me propuso ingresar a la carrera judicial. A lo cual accedí mediante un concurso, en el que tuve éxito por ayuda e incitación de uno de mis profesores de San Marcos y formado en Europa. Como en el caso referente a mi realizaciones en Suiza, un conjunto de circunstancias favorables me hicieron magistrado de la Corte Superior de Lima (1987), en donde durante años formé parte y presidí tribunales correccionales. Esta experiencia facilitó que me familiarizara con la aplicación del derecho en una realidad plena de desigualdades, discriminaciones, carencias materiales y personales graves. Lo que me permitió confirmar la convicción que había adquirido en Suiza en el sentido de lo lejano que, en países como el Perú, están la letra de la ley y las palabras de las declaraciones sobre derechos humanos y de la Dogmática respecto a la dura y crítica situación cotidiana.

C.D.P.: Podría explicarnos, en el ámbito del Derecho penal, ¿cuáles son los efectos de los conflictos culturales?

Prof. José Hurtado Pozo: Mi afán de tener siempre presente el contexto en el que se elabora, analiza y aplica el derecho se pone en evidencia en buena parte de nuestra modesta obra. La frustración de no poder dar a mi tesis de doctorado la orientación sociológica proyectada, fue superada con la elaboración de un pequeño libro titulado "La Ley importada (recepción del derecho penal extranjero en el Perú)". En el que explique los diferentes factores, incluido el del 'poder', en la formación y la evolución del derecho positivo y de las ideas jurídico-penales en el Perú. Librito que, para mi gran sorpresa, resultó muy bien recibido y, hasta considerado por algunos, como lo más significativo que había producido.

Uno de los capítulos de este libro está dedicado al tratamiento de los indígenas en el derecho penal: ignorados del todo en el primer código republicano por considerarse que los peruanos estaban formados en el crisol de la cultura española y discriminados en el Código Penal de 1924, al clasificarse a los peruanos en civilizados, indígenas degradados por la servidumbre y el alcoholismo y salvajes. En buena cuenta, lo que hicimos fue plantear la cuestión del pluralismo cultural para determinar el tratamiento de poblaciones culturalmente diversas por parte del sistema cultural ('occidental' y cristiano) social y políticamente dominante. Veta muy rica que hemos seguido explotando acentuando el análisis del pluralismo jurisdiccional, cultural y jurídico con miras a reforzar un Estado de derecho plural y democrático. Todo esto, claro, en el marco del régimen constitucional y convencional internacional de los derechos humanos. ¿Tarea pendiente o superflua? ¿Incapacidad o carencia de tiempo para realizarla? La nueva edición de la Ley importada se ha convertido en un sueño o mejor dicho en una pesadilla.

C.D.P.: Podría explicar a nuestros lectores, ¿cómo se ha manejado el asunto de la responsabilidad penal de las empresas en otros países?

Prof. José Hurtado Pozo: En una oportunidad tuve la suerte de participar en un coloquio, en la Universidad Externado en Bogotá, sobre la situación de la Dogmática penal. Una de las cuestiones implícita a la temática de las exposiciones era la de señalar cuál o cuáles eran los aspectos claves de la evolución del Derecho penal. Un colega español planteó que eran los progresos científicos que se hacían en el ámbito del sistema cerebral humano, debido a que conducían a comprobar que el comportamiento de las personas estaba plenamente determinado por el funcionamiento de dicho sistema. Lo que, en consecuencia, llevaba a demoler las bases del derecho penal actual basado fundamentalmente en el margen de libertad que permite reprochar como culpable el hecho de cometer delitos a pesar de tenerse la libertad de decidir y actuar. Sin necesidad de negar esta afirmación, habría que considerar, pensamos nosotros, que –aun cuando se llegara a probar este criterio determinista– se seguirá partiendo de la idea de la libertad personal. En la medida en que se trata de una convicción enraizada en la conciencia individual y colectiva, la misma que fundamenta la idea de la dignidad humana. Las personas no serán calificadas y sancionadas por el color de su piel o la forma de su cráneo, sino

porque su autopercepción (conforme o no a la realidad) de ser libres les impide cometer actos, para cuya ejecución son condicionados por las circunstancias personales y materiales existentes.

Pensamos que, en nuestro ámbito cultural, son dos las perspectivas que marcan el desarrollo del Derecho penal. Por un lado, el reconocimiento, como ya lo hemos destacado, de un nuevo sujeto del mismo. No porque recién haya aparecido, sino porque se le ha tomado en cuenta al fortalecerse el respeto de los derechos humanos. Se trata del indígena, de la persona con pautas de conducta distintas a las impuestas por el sistema cultural predominante. Las categorías conceptuales e institucionales deberán ser repensadas, en particular las referentes a las condiciones de punibilidad, en función del respeto de la diversidad cultural.

Por otro, es la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mejor dicho de las empresas. Nuevos sujetos penales, pero viejos ya en el sistema anglosajón, debido al papel importantísimo que han asumido en la vida social, económica y política en las sociedades modernas y globalizadas. La regulación penal sustantiva, procesal y de sanciones penales debe ser reelaborada o matizada de acuerdo a la índole de estas entidades colectivas y de sus actividades comerciales, financieras y de servicios. Labor que no debe implicar el debilitamiento o la flexibilización de la seguridad jurídica, ni necesariamente la creación de una segunda vía. Sin echar al tacho todo lo adquirido con grandes esfuerzos, debe buscarse el planteamiento de otro derecho destinado tanto a las personas naturales como a las jurídicas, pero que tenga como elemento fundamental el respeto de los derechos materiales y procesales de todas ellas. Puede criticarse este planteamiento como utópico, pero es de reconocer que si bien, como toda otra propuesta de esta índole, puede ser apreciada como fantástica, ella puede jugar el papel de la Estrella del Sur: guía de marineros que nunca la alcanzarán, pero que no se perderán y llegarán a buen puerto.

C.D.P.: ¿Qué opina usted acerca del fenómeno expansivo del derecho, la clara propuesta del 'Derecho penal del enemigo'? ¿Cree que el ordenamiento punitivo es la clave para solucionar todos y cada uno de los conflictos sociales?

Prof. José Hurtado Pozo: Debido al surgimiento, desarrollo e intensificación de la rebelión civil armada dirigida por Sendero Luminoso, se estatuyó en el Perú una legislación antiterrorista

hipertrófica. No solo por el gran número de disposiciones dictadas y de procesos de excepción establecidos, sino por la gran cantidad de nuevos delitos, el aumento desproporcionado de la gravedad de las penas, la desnaturalización frecuente de categorías penales tradicionales. Mi posición fue de franca oposición a este abuso absurdo del poder punitivo del Estado frente a un hecho que era, sobre todo, de índole social, económica y política. El derecho penal no es el medio adecuado para resolver conflictos sociales, en la medida en que interviene, generalmente, después de que el conflicto y el perjuicio ya se han producido.

El refinamiento intelectual de tratar de explicar y justificar una legislación de esa índole mediante la concepción del ‘derecho penal del enemigo’ se comprende quizás en el contexto de sociedades desarrolladas tanto política como socialmente, en las que se estima completamente superadas experiencias como la del nazismo. En países como los nuestros, no sólo resulta inoportuno sino hasta poco novedoso. Sin la finura dogmática con la que ha sido planteada en Alemania, ella estaba materializada, en los años cincuenta, en las leyes de excepción dictadas por las dictaduras latinoamericanas para combatir los partidos calificados de internacionales y extranjerizantes, responsables de la subversión comunista. Esta legislación de emergencia se orientaba, en particular, a defender y reforzar el *statu quo* injusto imperante en nuestros países, pues la represión tenía principalmente la finalidad de reprimir todo opositor político a regímenes sociales tan injustos. No fue gracias a la legislación antiterrorista, arbitraria e injusta, que Sendero Luminoso fue vencido. La lucha militar y la batalla política fueron decisivas, pero con secuelas graves que hasta ahora perduran debido a las condiciones antidemocráticas y antipopulares con que se llevaron a cabo. La población civil sufrió la violencia ejercida por ambos contendientes, el sistema del Estado de derecho quedó gravemente afectado por el régimen dictatorial que se promovió.

De modo que ante fenómenos de esta índole hay que permanecer en vigilancia permanente y no embarcarnos en discusiones que si bien siguen la moda, descuidan el fondo del problema. Su planteamiento ha servido al menos para tomar consciencia de este riesgo. Su creador y propulsor, así como sus seguidores, deben lamentarse por el enorme daño que, a nivel de la difusión de las ideas dogmáticas, la concepción del ‘derecho penal del enemigo’ ha causado al conjunto de los interesantes planteamientos dogmáticos que habían realizado.

C.D.P.: ¿Sin embargo, parecería que sucesos tan graves como la muerte de los periodistas de Charly Hebdo en París, harían necesario adoptar medidas radicales?

José Hurtado Pozo: Su cuestión nos hace pasar a la reflexión sobre la debilidad de las ‘sociedades abiertas’, en oposición a las totalitarias ‘cerradas’, para defenderse de los enemigos de la democracia. Conocimos y apreciamos los escritos y dibujos de algunos de los periodistas asesinados cuando practicaban su arte en el semanario *Hara-kiri* de la década de los sesenta, antecesor de *Charly Hebdo* y que fuera clausurado por una osada primera página dedicada a la muerte del general de Gaulle. Desde hace tiempo, lamento no haber conservado los pocos números de *Hara-Kiri, journal bête et méchant*, en los que reforcé la convicción de que el humor es un factor indispensable a toda actividad, lo que mucho falta entre nosotros los dogmáticos penalistas... a pesar de Ihering: La jurisprudencia en broma y en serio (quizás humor muy germánico y poco contagioso).

Volviendo al tema, es de señalar que una de las causas del crimen de los extremistas fue sin duda la osadía de los periodistas a continuar, fieles al ejercicio de la libertad personal, tomando como objeto de sus crónicas y caricaturas humorísticas la religión de los victimarios. Proceder de esta manera ha sido considerado por algunos como una imprudencia, un mal cálculo de los riesgos a que se exponían sabiéndose amenazados de muerte. Por lo que agregan que debían haberse autocensurado para no provocar la reacción violenta de los terroristas.

El mayor error de quienes promueven estas opiniones es que así reconocen como límite de la libertad personal la ley moral o religiosa en detrimento de las leyes del Estado de derecho. Olvidando que, en nuestros sistemas democráticos, se reconoce, desde la Declaración de los derechos de 1789, que todos tienen el derecho pensar, opinar, expresarse dentro de los límites fijados en las leyes. Los mismos que han sido y continúan siendo precisados a lo largo de los años, mediante, por ejemplo, la prohibición y represión de los delitos contra el honor, la apología de los crímenes contra la humanidad, genocidio y terrorismo, la discriminación y violencia sobre las personas en razón de su origen, pertenencia a una etnia, raza, religión o a un género. Hasta llegarse, en los últimos tiempos, a abolir algunas de estas prohibiciones para facilitar el juego democrático, así por ejemplo el convertir los delitos contra el

honor en ilícitos civiles y dando lugar sólo a una responsabilidad de la misma índole.

Solo en este contexto deben ser apreciadas las actividades de los periodistas de *Charly Hebdo* y de sus victimarios. Los primeros solo hicieron ejercer su profesión confiados en la vigencia y el respeto de las leyes republicanas en un Estado de derecho laico y, por tanto, separado de toda institución religiosa. Hay que recordar que, en las ocasiones en que no respetaron estas pautas, fueron reprimidos, por ejemplo, como responsables de delitos contra el honor. Los segundos, desconociendo dichas leyes y pretendiendo imponer creencias y pautas religiosas, se convirtieron en 'ejecutantes del mandato divino' de matar a los periodistas.

Las sociedades democráticas no deben reaccionar rebajándose al nivel de sus enemigos, quienes son sus miembros, por tanto, personas como todos los demás. Eliminarlos o excluirlos negando su condición de personas solo constituiría la confirmación del fracaso a integrarlos socialmente. La reacción espontánea y multitudinaria de los franceses al día siguiente de la muerte de los periodistas constituyó la expresión de la confianza en el Estado de derecho y de la exigencia de que sea debidamente reforzado.

C.D.P.: ¿Considera usted que el Derecho penal cumple con el fin de resocializar o, por el contrario, genera exclusión social a quienes fueron declarados culpables?

Prof. José Hurtado Pozo: En las constituciones y los códigos penales latinoamericanos se prevé que las penas tienen la finalidad de resocializar, reeducar, reintegrar, retribuir, algunas veces de manera cumulativa. Así mismo, las disposiciones sobre la individualización y aplicación de las penas, sobre todo la de privación de libertad, estatuyen, siguiendo las recomendaciones de las convenciones internacionales, la implementación de procedimientos y de locales adecuados para alcanzar dichos objetivos. En la realidad, estos no pueden ser realizados por la casi total ausencia de recursos personales y materiales indispensables. Los establecimientos de ejecución de penas se encuentran sobrepoblados, carentes de condiciones higiénicas normales, controlados internamente por mafias que someten y maltratan a los demás detenidos, ausencia de implementos de trabajo y enseñanza, de un personal suficiente y debidamente formado. De manera que el estudio del derecho de ejecución de pe-

nas resulta una 'ciencia ficción', porque la realidad imaginada por el legislador es completamente extraña a la realidad concreta.

Lo curioso es que, desde siempre, el afán de los gobiernos ha sido crear prisiones modelos, a imagen y semejanza de las norteamericanas o europeas. Cuando han logrado construirlas, estas se han convertido casi de inmediato en depósito de personas sometidas a simples sistemas de vigilancia y represión. También, han continuado creyendo que la solución era continuar construyendo prisiones con la finalidad de combatir la sobrepoblación. Pero irracionalmente han continuado multiplicando los delitos, aumentando la duración y severidad de las penas, restringiendo las penas sustitutivas de penas privativas de libertad, lo que conduce necesariamente a un aumento de delincuentes y, por tanto, a la imposibilidad de organizar un sistema de encarcelamiento racional.

En casi todos los países se proclama que no se prevé más la pena de muerte, lo que sería muestra de progreso y humanidad. Sin embargo, no se considera que la imposición de penas privativas de larga duración y que deben ser ejecutadas en condiciones inhumanas implica la condena a 'penas de muerte lenta', pues nada garantiza que quien es internado en una cárcel salga, al menos, en el mismo estado de salud con el que ingresó.

C.D.P.: ¿Qué opina usted del estado actual de la Dogmática penal en el continente latinoamericano y, en particular, en Colombia?

Prof. José Hurtado Pozo: Cuando era estudiante en San Marcos, las obras en boga, en el Perú, entre los estudiantes interesados en el derecho penal eran el "Tratado de derecho penal" de Jiménez de Asúa (obra con pretensiones enciclopédicas), el "Derecho Penal Argentino" de Sebastián Soler (estudio de la legislación argentina en la perspectiva de la dogmática alemana), el "Derecho Penal" de Novoa Montreal (más sencilla que la de Soler, pero con gran sentido didáctico) y algunas otras obras como la del venezolano Mendoza Troconis o la del argentino Ricardo Núñez. De Colombia, procedía sobre todo la obra de Francesco Carrara, traducida y publicada en Bogotá. En el Perú, no había obra nacional destacada. Si no me equivoco, ningún penalista reivindicó ser finalista. Las concepciones sobre todo alemanas llegaban por intermedio de autores españoles en el exilio, el franquismo comportó un estancamiento de las obras jurídicas en España. Si se quería tener una visión global de derecho penal español, se debía consultar el Derecho penal de Rodríguez

Devesa. Luego comenzaron a aparecer las traducciones españolas, algunas anotadas, de las obras de Binding, Beling, von Liszt, Mezger, Welzel y Maurach. Un autor español llegó a decir que era conveniente que las ideas germánicas llegaran hispanizadas después de pasar por el cedazo jurídico hispánico. Situación que ha cambiado radicalmente en razón a que muchos juristas latinoamericanos van a amamantarse directamente de la ubre teutona. Muchos se reclaman luego funcionalistas seguidores de la 'moderna dogmática', sin que no lo hagan también algunos que no tienen cabal idea de lo que se trata. Nada extraño que muchas de las obras hispanoamericanas se caractericen por la utilización intensa de la dogmática alemana. Llegándose hasta considerar que sólo se puede ser un buen penalista dogmático si se utiliza la bibliografía en alemán. Afirmación extrema que ha llevado a la perversión frecuente de que algunos, desconocedores del alemán, citen las obras germánicas de segunda mano. Ocultando así, el supuesto, hándicap de no ser germanófilo. Hecho curioso es que, con frecuencia, se invoque, al momento de justificar o rechazar alguna propuesta de interpretación del derecho positivo nacional, la doctrina mayoritaria y se cite autores alemanes o españoles sin esclarecer si los análisis de estos se basan en disposiciones legales, al menos, parecidas a las nacionales. Otro extremo es que algunas obras latinoamericanas parecen más bien constituir el desarrollo de las ideas y discusiones alemanas. A veces, me sucede que entiendo mejor dichas obras cuando las leo en alemán. Mientras los autores alemanes no citan, salvo en raros casos, las obras de sus colegas hispanohablantes, nosotros llegamos a enfrascarnos en discusiones esotéricas sobre si es o no necesario citar a los autores germanos. En el fondo, creo que hay un factor de poder en esta relación cultural, que no solo es el mayor desarrollo de la dogmática penal alemana.

C.D.P.: ¿Pero en esta época de la globalización, resulta casi 'natural' que se exporten concepciones dogmáticas?

Prof. José Hurtado Pozo: Claro que los medios modernos de comunicación, en particular la informática, y de transporte, más rápido y accesible que antes, facilitan que los penalistas latinoamericanos hagan estancias en Europa, principalmente en Alemania y España, para amamantarse directamente de las fuentes doctrinarias. De esta manera, se transforman en factores portadores de diversas concepciones legislativas y dogmáticas, lo que es bastante positivo. Así juegan un papel sustancial en la 'circulación de modelos jurídicos', un fenómeno social tan antiguo como el derecho.

Pero esta labor debe convertirse en un instrumento de fomento y enriquecimiento, por ejemplo, del derecho comparado. De modo que, confrontando leyes, jurisprudencias, doctrinas, se llegue a renovar y mejorar los derechos positivos nacionales. Lo que no implica que se pregone un chauvinismo que empobrezca la legislación y las culturas jurídicas locales. En este sentido, resulta poco comprensible, por ejemplo, que se perciba al causalismo, finalismo y funcionalismo como 'escuelas' (a modo del viejo estilo de las escuelas clásica y positiva). Cuando solo son, no nos cansaremos de decirlo, meras propuestas de interpretación del derecho positivo formuladas desde diversas perspectivas filosóficas, sociológicas o morales. Ninguna de ellas es verdadera o falsa. Si no planteamientos más o menos conveniente para aplicar justamente el derecho a una situación humana determinada. Todas ellas contienen criterios aceptables y aprovechables para alcanzar este objetivo. Su utilización es lo que permite que se vaya constituyendo, perfeccionando, consolidando una explicación doctrinaria del derecho conforme a las leyes (frutos de un proceso democrático y pluralista) concretas que se aplican y que, conforme al principio de legalidad, son el punto de partida de toda interpretación (y, en consecuencia, de la labor constitutiva de las 'doctrinas').

C.D.P.: Como Profesor universitario se ha granjeado siempre el afecto y la admiración de sus miles de estudiantes, producto de la forma como transmite sus conocimientos y se acerca a ellos. ¿Qué consejos les daría a los jóvenes profesores que se dedican a la enseñanza del Derecho penal?

Prof. José Hurtado Pozo: Aunque casi seguro que está exagerando por generosidad, lo cierto es que el ejercicio de la docencia es el aspecto que me ha, especialmente, atraído durante las décadas de docente. A tal punto que, ahora en el retiro, es la actividad de profesor la que más extraño. Con la agravante de que, a diferencia de las otras (investigar, escribir, publicar, etc.), es la única que no podemos continuar realizando. La explicación de ese atractivo y esa añoranza es el contacto con los alumnos, sean jóvenes o entrados en años. No tanto por la posición de autoridad de quien transmite conocimientos y califica a sus alumnos considerando si asimilaron o no las enseñanzas teóricas expuestas. Si no más bien, por la falta de interlocutores interesados en el intercambio de ideas mediante una relación interactiva intensa. Claro que para lograr este tipo de relación se requiere un mínimo de la calidad histriónica que distingue a la gente de teatro. El docente debe despertar el interés

del alumnado, mantenerlo de tal manera a promover el diálogo, satisfacer su afán de aprendizaje mediante la respuesta oportuna e incisiva, tomar en serio toda pregunta por más inoportuna o desplazada que sea, todo esto condimentado con la mínima dosis de humor. Quizás esto supone la actitud primaria de no pontificar, por lo que después de explicar largamente un tema o responder una serie de cuestiones, siempre recomiendo a mis alumnos que 'no deben creer en todo lo que digo'. Fuera de lo paradójico de esta recomendación, tiene la ventaja de constituir una exigencia de que se mantenga una constante actitud crítica ante lo que se nos predica. En todo caso, ya que me he referido a la influencia alemana, no hay que hacer lo que se estila o estilaba hacer en Alemania, en observancia del rigor y seriedad exigidos, el de leer el texto de la exposición, incluidas las notas de pie de página. Quizás por esto, en alemán, se utilice el verbo *lesen* (leer) para referirse al hecho de "dar un curso". Tal vez caricaturizo la explicación, pero valga la pena para amenizar esta aburrida entrevista.

C.D.P.: ¿A qué actividad investigativa dedica su tiempo actual? ¿Cuándo cree que sus miles de lectores y admiradores se podrán beneficiar de esas exploraciones académicas?

Prof. José Hurtado Pozo: Actualmente, no tengo un proyecto en marcha previsto para realizarlo durante un lapso determinado. Simple precaución en consideración a encontrarme ya en la recta final, generalmente muy intensa pero de breve duración. En este sentido, por ejemplo, me he propuesto llenar mis vacíos en el ámbito del derecho penal económico, que descuidé bastante por dedicarme sobre todo a estudiar la Parte general y la Parte especial del Derecho penal tanto suizo como peruano. Para lo cual me preocupé bastante de los problemas relativos a la teoría general del Derecho, en particular a la interpretación y aplicación de la ley. Estudios que siempre fueron acompañados por la toma en consideración del contexto histórico y social (en el sentido que hemos explicado anteriormente).

Así mismo, me distraigo un poco con la relectura de libros consultados con gran interés hace un buen tiempo o leyendo algunos que descubrimos al filo de nuevas indagaciones bibliográficas. Convencido de que las categorías jurídicas son mejor comprendidas teniendo en cuenta la perspectiva histórica, profundizo actualmente mis pobres conocimientos en historia, sociología y política, mediante la lectura de obras a las que quizás debí prestar mayor atención. El objetivo no es, por ejemplo, describir el origen y la evolución de la

regulación positiva de dichas categorías. Busco más bien calar en las circunstancias sociales y políticas que condicionan su concepción y desarrollo. Por ejemplo, en el caso del denominado ‘femicidio’ o ‘femicidio’, de determinar el porqué de la previsión de una figura delictiva específica: cómo se pretende compensar la violenta y prolongada discriminación de la mujer convirtiéndola en el objeto de una protección especial. Sin embargo, mediante disposiciones que corren el riesgo de jugar el papel de un ‘derecho penal simbólico’, es decir carente de eficacia y proficuo en producir el efecto perverso de justificante de una deficiente política criminal.

En esta perspectiva, por ejemplo, completo mis lecturas del pensamiento de Michel Foucault mediante el estudio de algunas obras que completan un vacío del gran autor francés. Son trabajos que tratan de la ‘caza de brujas’, que comportó una intensa represión sobre todo de mujeres basada en una ideología defendida y promovida por teólogos, filósofos, juristas. Cito como ejemplo, el libro de Robert Mandrou, *“Magistrats et sorciers en France au XVIIe Siècle”* y que constituye la historia de una “verdadera revolución mental”. El sueño es efectuar algo parecido, guardando la debida distancia, con la aparición, difusión y disolución de las concepciones dogmáticas en Derecho penal.

C.D.P.: ¿Cuál es su más grande satisfacción como académico? ¿Por qué?

Prof. José Hurtado Pozo: La de haber sobrevivido a los 50 años de actividad universitaria, en diversas latitudes, y mantener aún la fe en la justicia después de haber participado en su administración como magistrado. Y, aún todavía un poco sorprendente, con ganas de continuar en la brega a pesar de tanto desengaño cotidiano. Sobre todo, cuando siento que aún algo represento, debido a las dificultades que he enfrentado al tratar de reintegrarme, parcialmente y por tiempo limitado, a la actividad académica en el Perú. En algunos casos, es como si rehacerse un ‘hueco’ estuviera impedido con el grito de Gonzáles Prada: “los jóvenes a la obra, los viejos a la tumba”. O cuando alguna universidad peruana, a pesar de que nunca he tenido relaciones con ella, presenta una apócrifa edición de uno de mis libros diciendo que ha sido elaborada en el marco de sus actividades académicas.

Dejando de lado estos avatares, debo destacar que lo más satisfactorio es el ser reconocido después de años por un estudiante,

quien se regocija recordando alguna anécdota, algún ejemplo didáctico o afirmando que no se aburría en mis cursos. Claro, con la amabilidad de no destacar lo desagradable que era soportar las evaluaciones escritas u orales que tuvo que pasar.

Estas experiencias han variado notablemente en la medida en que he ido desarrollando y perfeccionando el uso de la informática, principalmente con la creación, hace ya algunos años, del portal (<http://perso.unifr.ch/derechopenal/>) dedicado a la difusión en español de informaciones sobre la doctrina, legislación, jurisprudencia penales. En el mismo, se difunde la revista “Anuario de Derecho Penal”, editada e impresa en Lima, con las colaboraciones del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica y la Université de Fribourg. Mediante las Novedades mensuales, logro establecer un contacto enriquecedor con los numerosos visitantes del portal, y si bien es virtual también se realiza con simpatía y gran libertad.

C.D.P.: Finalmente, Profesor Hurtado, podría compartir con nosotros el título de cinco obras de Derecho penal que en su opinión no debería dejar de leer ningún estudioso de estas disciplinas.

Prof. José Hurtado Pozo: Se trata de la pregunta más difícil que me hace y a la que me es imposible responder debido a que todavía no he escrito las cinco obras que me pide mencionar. También quizás porque mis amigos penalistas, autores de obras bastante buenas, son más de cinco y escoger entre ellos sería tarea ardua y altamente riesgosa. Tampoco bastaría mencionar los libros que siempre están en mi mesa de noche, muy recomendables y que tienen la virtud de que la lectura de dos de sus páginas me hace dormir profundamente.

Aprovecho más bien su pregunta para insistir en la recomendación que siempre hago a mis estudiantes. Un buen jurista debe poseer una rica cultura general, lo que supone haber leído selectivamente obras no jurídicas, principalmente, de historia, sociología, política, filosofía y, siempre, con la actitud del cazador de recopilar datos, opiniones, críticas relacionadas con el sistema penal. Reflexionando en este momento sobre la cuestión que me ha planteado, quizás comprendo porque en los últimos meses de 2014 he leído o releído libros como “Vigilar y castigar” de Foucault, “La guerre des forêts (Luttés sociales dans l’Angleterre du XVIIIe siècle)” de Thompson, “Denle duro que no siente. Poder y trasgresión en el Perú “republicano” de Carlos Aguirre, “Género e historia” de Joan Scott y “2666” novela de Roberto Bolaño... No se trata de una espe-

cie de “reposo del guerrero”, a lo Roger Vadim, sino de continuar cultivando la música que cada uno cultiva para seguir removiendo a ritmo sostenido el conformismo, la complacencia, la abulia, la colusión ante tanta injusticia.

Profesor, queremos agradecerle tanto su amable atención como el gran aporte que nos ha hecho al permitirle a nuestros lectores conocer más acerca de la vida y la obra de un académico tan importante como usted.

INSTRUCTIVO AUTORES*

La Revista Cuadernos de Derecho Penal, órgano de divulgación científica adscrito al Departamento de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, tiene una periodicidad de dos números anuales y publica artículos originales evaluados bajo la modalidad de pares ciegos en las siguientes áreas de conocimiento: Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Criminología, Política Criminal, Investigación Criminal, Derecho Penal Económico, Historia de las Ciencias Criminales y Derecho Internacional Penal. 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.

Tipo de artículos

Para efectos de hacer prevalecer la calidad de la revista, solamente se reciben documentos bajo las siguientes categorías:

- 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.
- f) Recensiones bibliográficas.
- g) Entrevistas.
- h) Comentarios Jurisprudenciales.

* Las siguientes pautas se vienen aplicando desde el número 10; y, desde el número 11 y 12 en virtud del proceso de indexación, se cambió del formato de citación Icontec a las normas APA en especial la 6ta Edición, 2009.

Recepción de artículos

La recepción del artículo se efectúa de forma digital, por medio de los correos electrónicos: cuadernos.der.penal@usa.edu.co.

Información del estado del artículo.

Se informará al autor sobre el estado del trabajo en un plazo máximo de doce meses. Se podrá solicitar el retiro de un artículo mediante solicitud electrónica dirigida al Editor de la revista, el cual se hará efectivo luego de la respuesta escrita por el mismo medio.

Aspectos formales y estructura del artículo.

Los trabajos deben presentarse en letra times 12 y ceñirse a las normas APA, en especial la 6ta Edición, 2009.

El documento debe contener:

- a) Título del trabajo correspondiente a la idea principal del artículo.
- b) Nombre del autor (es) y la institución en la cual se llevó a cabo el trabajo.
- c) Sí 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.

Referencias.

- a) Al final del artículo se incluirá un acápite de referencias bibliográficas ordenado alfabéticamente, con base en las normas APA, en especial la 6ta Edición, 2009.
- b) No se devolverán a sus respectivos autores los originales, ni se considerarán para su publicación los artículos que no cumplan con las normas precedentes.

c) 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.

Proceso de selección.

Al someter sus artículos científicos al proceso de selección los aspirantes deben tener en cuenta lo siguiente:

- a) Todo material postulado debe ser original.
- b) El autor debe firmar una carta de originalidad del trabajo.

Proceso de arbitraje, dictamen o evaluación de artículos. Con el fin de calificar los trabajos en cuanto a forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación, los textos se someterán a evaluación preliminar del Comité Editorial y Científico, y posteriormente, a dos *pares ciegos*.

El proceso de revisión, dictamen o arbitraje de los artículos postulados a pares ciegos se hará conforme a las siguientes indicaciones:

a) Todo original será sometido a dictamen por pares académicos (especialistas), bajo la modalidad doble ciego.

b) Para la revisión de artículos se guardará el anonimato de los autores de los textos frente a sus 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 evaluador; una vez este conceptúe, regresa a los Comités Editorial y Científico donde se toma la decisión final de aceptación o rechazo del mismo.

La aceptación definitiva dependerá de las modificaciones que los asesores del Comité Editorial y Científico propongan al autor y el concepto de cada *par* evaluador externo. 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) Con el fin de clarificar y facilitar la calificación del artículo se entregará a cada par evaluador el formato de dictamen utilizado por la revista Cuadernos de Derecho Penal.

Agradecemos su atención,

Fernando Velásquez Velásquez
Editor

Renato Vargas Lozano
Coordinador editorial

Bibiana Muñetones Rozo
Asistente editorial

Cuadernos de Derecho Penal

DOCTRINA

- ¿Es necesaria una reforma de los derechos de la víctima del crimen en el proceso penal español? *Juan L. Gómez Colomer.*
- La Inmunidad y el principio de oportunidad en el proceso penal. *Ana C. Navarro Navajas.*
- Los límites a la autonomía de la Fiscalía en la adecuación típica de la conducta punible. *Diana Karina Pineda-Castro.*
- Entre la madurez y el autocontrol: una cartografía para el abordaje de la delincuencia juvenil. *Luis A. Romero Miranda.*

JURISPRUDENCIA

- La violencia de género y los ingredientes subjetivos distintos del dolo. *Daniel Andrés Benavides Ortiz.*

RESEÑAS Y RECENSIONES

- Cuéllar, Rigoberto. (Coord.) (2015). *Del valor de la Democracia en la Justicia: la exclusión de la prueba ilícita en el Proceso Penal y el respeto a los Derechos Fundamentales.* Libro en honor del Prof. Dr. Juan-Luis Gómez. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 354 p. *Laura Castillo Garay.*
- Posada, Ricardo. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal.* Bogotá: Universidad de los Andes – Grupo Editorial Ibáñez. *Juan David Jaramillo Restrepo.*
- Lenis, Karin. (2014). *El sistema de responsabilidad penal de menores.* Un estudio de las legislaciones de España y Colombia desde la teoría del Derecho penal del enemigo. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 644 p. *Ingrid Bibiana Muñetones Roza.*

ENTREVISTA

- Profesor José Hurtado Pozo. *María Alejandra Troncoso Torres.*

