

edp

Cuadernos de Derecho Penal



GARANTÍAS PENALES Y DERECHO PROBATORIO

16

Escuela de Derecho

Departamento de Derecho Penal

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

GARANTÍAS PENALES Y DERECHO PROBATORIO

Editor:

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

Coordinador editorial:

RENATO VARGAS LOZANO.

Asistente editorial:

INGRID BIBIANA MUÑETONES ROZO.

Presentación. *Fernando Velásquez Velásquez.*

Doctrina

- Entendiendo la trata de seres humanos. A propósito de las legislaciones española, colombiana y peruana. *Angélica María Castro Acosta.*
- La mediación penal como programa de justicia restaurativa en el procedimiento penal colombiano. *Andrea Catalina Lobo Romero.*
- El derecho a impugnar la sentencia. *Luis Javier Moreno Ortiz.*
- Las ilicitudes probatorias en materia penal. *Emma Calderón Arias.*
- La apreciación técnico científica del peritaje psicológico en los delitos contra la integridad y la formación sexuales de los menores de edad. *Juan José Cantillo Pushaina.*

Jurisprudencia

- La reincidencia como circunstancia agravante de la pena: análisis de la sentencia C-181 de trece de abril de 2016. *Francisco Bernate Ochoa.*

Reseñas y reseñaciones

- Díez-Ripollés, J. L. (2015). *Delitos y Penas en España*. Madrid: Los Libros de la Catarata. *Fernando Velásquez Velásquez.*
- Corcoy, M. (Dr.) (2015). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (T. I. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. 2 ed.). *Juan David Jaramillo Restrepo.*

Entrevista

- Profesor Manoel Da Costa Andrade. *Márcio Ricardo Ferreira.*



cdp

Cuadernos de Derecho Penal

16

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DE DERECHO PENAL No. 16

EDITOR

Fernando Velásquez Velásquez

COORDINADOR EDITORIAL

Renato Vargas Lozano

ASISTENTE EDITORIAL

Ingrid Bibiana Muñetones Rozo

COMITÉ EDITORIAL/CIENTÍFICO

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. Emiliano Borja Jiménez – Universidad de Valencia, España
Ph. Juan Luis Gómez Colomer – Universidad Jaume I, España
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
Ph. D. Rodrigo González Quintero – Universidad Sergio Arboleda, Colombia
Ph. D. Christian L. Wolffhügel Gutiérrez – Universidad Sergio Arboleda, Colombia
Doctor en Derecho y Ciencias Políticas Fernando Velásquez Velásquez – Universidad Sergio Arboleda, Colombia

CONSEJO ASESOR

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

CORRECTOR DE ESTILO

Fernando Velásquez Velásquez

DIAGRAMACIÓN

Jimmy F. Salcedo Sánchez

DISEÑO CARÁTULA

Maruja Esther Flórez Jiménez

IMAGEN DE PORTADA

Fotolia.co

Fecha de edición: julio-diciembre de 2016

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/>

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

Contenido

I. Presentación.....	5
II. Doctrina	
Entendiendo la trata de seres humanos. A propósito de las legislaciones española, colombiana y peruana <i>Angélica María Castro Acosta</i>	11
La mediación penal como programa de justicia restaurativa en el procedimiento penal colombiano <i>Andrea Catalina Lobo Romero</i>	51
El derecho a impugnar la sentencia condenatoria <i>Luis Javier Moreno Ortiz.....</i>	89
Las ilicitudes probatorias en materia penal <i>Emma Calderón Arias</i>	117
La apreciación técnico científica del peritaje psicológico en los delitos contra la integridad y la formación sexuales de los menores de edad <i>Juan José Cantillo Pushaina.....</i>	133
III. Jurisprudencia	
La reincidencia como circunstancia agravante de la pena: análisis de la sentencia C-181 de trece de abril de 2016 <i>Francisco Bernate Ochoa.....</i>	171
IV. Reseñas y reseñaciones	
Díez-Ripollés, J. L. (2015). <i>Delitos y Penas en España</i> . Madrid: Los Libros de la Catarata. <i>Fernando Velásquez Velásquez.....</i>	219
Corcoy, M. (Dr.) (2015). Manual de Derecho Penal. Parte Especial (T. I. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. 2 ed.). <i>Juan David Jaramillo Restrepo.....</i>	223
V. Entrevista	
Profesor Doctor Manuel Da Costa Andrade <i>Márcio Ricardo Ferreira.....</i>	227

I

Presentación

Comprometida con la difusión del conocimiento del derecho penal y de los saberes afines al mismo, la Revista *Cuadernos de Derecho Penal* se complace en entregar a la comunidad académica y a los estudiosos locales e internacionales su publicación número 16, la cual incorpora algunos cambios anunciados desde el número anterior y que están referidos, en especial, a la conformación de los Comités Editorial y Científico y al nuevo formato adoptado para la edición impresa.

En esta ocasión, la sección de doctrina reúne cinco artículos: el primero, bajo el nombre *Entendiendo la trata de seres humanos. A propósito de las legislaciones española, colombiana y peruana*, escrito por Angélica María Castro Acosta, ofrece un análisis crítico en torno a la manera como el legislador penal de dichos países incrimina los comportamientos asociados a esa nueva forma de esclavitud; en el mismo, la autora aboga por el uso de un lenguaje que permita una mayor protección de los seres humanos en general y evite las dificultades asociadas a la interpretación del concepto de persona –más o menos amplio, según cada ordenamiento nacional–, al tiempo que garantiza una fórmula universal, aplicable y actualizada.

En el segundo trabajo, denominado *La mediación penal como programa de justicia restaurativa en el procedimiento penal colombiano*, firmado por Andrea Catalina Lobo Romero, se denuncia el incumplimiento de la obligación en cabeza de la Fiscalía General de la Nación relativa a la confección de un manual para desarrollar la mediación y, además, se explican las razones por las cuales dicho encargo no puede entenderse realizado con la expedición del Manual de Procedimientos expedido por dicha entidad. En orden a satisfacer de forma adecuada tal compromiso, la autora se ocupa de señalar los principios generales de la justicia restaurativa, los elementos procesales de la mediación penal indicados por el legislador y hace algunas propuestas en torno a la capacitación de los mediadores.

En tercer lugar, aparece el artículo de Luis Javier Moreno Ortiz sobre *El derecho a impugnar la sentencia*; allí, el autor reflexiona sobre el derecho aludido –que distingue de la doble instancia– a la luz de lo previsto en la Constitución colombiana y, con base en dicho punto de partida, revisa desde una perspectiva crítica el reciente pronunciamiento de nuestra Corte Constitucional sobre ese tema. Además, en el trabajo se precisan el sentido y el alcance que le cabe a la regla de interpretación consagrada en el art. 93 de la Carta y, agréguese, se determinan las implicaciones de la misma a la hora de dotar de contenido el derecho a impugnar la sentencia condenatoria contemplado en el art. 29 *ibídem*.

El cuarto texto, a cargo Emma Calderón Arias, es un estudio sobre *Las ilicitudes probatorias en materia penal* y en él se aborda un tema de gran actualidad y relevancia tanto en la práctica como en la teoría penales –el de las ilicitudes probatorias–, al hilo del cual cobra una importancia especial todo lo atinente a la cadena de custodia, en tanto se trata de un mecanismo que garantiza la integridad y la autenticidad del material probatorio con base en el cual han de tomarse las decisiones en el proceso penal.

En quinto lugar, se incluye el trabajo sobre *La apreciación técnico científica del peritaje psicológico en los delitos contra la integridad y la formación sexuales de los menores de edad*, realizado por Juan José Cantillo Pushaina, quien describe y analiza las pautas legales para la valoración de la prueba pericial en Colombia, sin perjuicio de una interesante referencia a lo acontecido al respecto en otros ordenamientos que podrían servir como referente en la materia y, en particular, el estadounidense.

La sección dedicada a la jurisprudencia recoge un oportuno comentario sobre *La reincidencia como circunstancia agravante de la pena*, a propósito de la sentencia C-181 de trece de abril de 2016, en la que la Corte Constitucional declaró exequible la disposición que incrementa la pena de multa al sentenciado condenado por un delito doloso o preterintencional anterior, contenida en la Ley 1453 de 2011 –de seguridad ciudadana–. Esta contribución se debe a Francisco Bernate Ochoa.

Por su parte, el espacio destinado a las reseñas y reseñas, incluye dos escritos referidos a recientes textos: la primera de ellas, a cargo del suscrito, tiene por objeto el libro *Delitos y Penas en España*, de autoría del Profesor José Luis Díez Ripollés; la segunda, llevada a cabo por Juan David Jaramillo Restrepo, versa sobre la obra colectiva intitulada *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (T. I. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. 2 ed.), elaborada por el equipo de investigación de la Universidad de Barcelona, bajo la dirección de la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo.

Para concluir los contenidos del presente número, se incorpora la entrevista al Profesor de la Universidad de Coimbra (Portugal), Manuel Da Costa Andrade, confeccionada a instancias de Márcio Ricardo Ferreira.

Como es habitual, extendemos nuestro agradecimiento a los autores por habernos elegido para publicar sus trabajos; a nuestro entrevistado por permitirnos conocer su trayectoria; a los pares evaluadores por sus observaciones; a los miembros de los Comités y del Consejo asesor que nos apoyan. Y, para concluir, a nuestra institución editora y, en especial, al señor rector de la Universidad, el Dr. Rodrigo Noguera Calderón, por su apoyo incondicional a este proyecto.

Fernando Velásquez Velásquez
Editor

II

Doctrina

ENTENDIENDO LA TRATA DE SERES HUMANOS. A PROPÓSITO DE LAS LEGISLACIONES ESPAÑOLA, COLOMBIANA Y PERUANA

UNDERSTANDING TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS. REGARDING SPANISH, COLOMBIAN AND PERUVIAN LEGISLATION

*Angélica María Castro Acosta**

Resumen

La trata de seres humanos se erige como la nueva forma de esclavitud del siglo XXI, porque vulnera los derechos de los individuos, atenta contra la dignidad humana de quienes la sufren y constituye una forma de grave cosificación y explotación del ser humano por sus congéneres, en pos de beneficios económicos o de cualquier otra índole. Los estados se han esforzado por contenerla pero no han conseguido erradicarla, ello solo se puede lograr con educación, sensibilización y empoderando a las posibles víctimas. El presente artículo se ocupa, en primer lugar, sobre cuál es la denominación más comprensiva de los diferentes estadios biológicos del hombre, en orden a conseguir su protección plena en cualquier derecho nacional sin importar cuál sea su concepto legal de persona; y, en segundo lugar, propone una definición actual que, teniendo en cuenta las fórmulas contenidas en instrumentos jurídicos relevantes, resulte aplicable, se mantenga vigente y elimine las zonas grises.

Palabras claves

Delitos, derechos humanos, esclavitud, Protocolo de Palermo, trata de seres humanos.

Abstract

Trafficking in human beings stands as the new form of slavery of the XXI century, violates the rights of individuals, undermines the human dignity of those who suffer it and constitutes a form of serious reification and exploitation of human beings by their fellow human beings, for economic benefits or of any other kind. States have endeavored to contain it but

* Abogada de la Universidad de la Sabana (Colombia), Licenciada en derecho de la Universidad de Zaragoza (España) y Abogada de la Universidad Mayor de San Marcos (Perú). Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Pontificia Bolivariana; Máster en Sistemas de Gestión de Calidad ISO 9001, 14001 y 18001– European Quality; Máster en Derecho Penal Internacional de la Universidad de Granada y candidata a Doctora de la misma casa de estudios; Auditora interna de European Quality.

have not succeeded in eradicating it, which will only be achieved through education, awareness-raising and empowerment of potential victims. The goal of this article is to establish which is the most comprehensive denomination of the different biological stages of man, in order to obtain full protection in any national law, without taking into consideration the legal concept of person; And, secondly, to propose a current definition which, taking into account the formulas contained in relevant legal instruments, is applicable, remains in force and removes gray areas.

Keywords

Crimes, human rights, slavery, Palermo Protocol, trafficking in human beings.

Introducción

El delito de trata de seres humanos ocupa la investigación doctoral que adelanta la autora de este trabajo en la Universidad de Granada (España). Se ha escogido el tema, habida cuenta de su gran relevancia en el derecho penal internacional y en el mundo actual, dado que, al vivir en una sociedad globalizada, las fronteras se desdibujan cada vez más. En su afán por obtener las máximas ganancias posibles, el ser humano se erige como el primer y el mayor verdugo de sus congéneres; su búsqueda de utilidades o beneficios propios lo lleva a desconocer los derechos y libertades ajenos, sin importarle las consecuencias emocionales, físicas, morales o de cualquier otra índole ocasionadas a sus víctimas, quienes son concebidas como bienes objeto de negociación (Guerrero, s. f.), cosificadas y utilizadas para su propio beneficio (Fernández, 2012, pp. 99-150), lo cual evidencia una gran indiferencia frente a los padecimientos sufridos por los seres humanos en esos estados de explotación.

La comunidad internacional, consciente de la grave vulneración de los derechos humanos inherente a la trata de seres humanos, ha tejido una red de amparo basada en un principio en un tratamiento jurídico penal de esta actividad criminal y, luego, en un enfoque victimo céntrico que, por un lado, persigue la sanción ejemplar de los tratantes y el desmantelamiento de sus redes organizadas –operadas en su mayoría por organizaciones delincuenciales transnacionales– y, por el otro, procura evitar la revictimización, enfocándose en proteger y ayudar a las víctimas de este grave fenómeno criminal.

El panorama actual del delito en comento es preocupante y, junto al tráfico ilícito de migrantes –*smuggling of migrants*–, constituye una de las nuevas formas de esclavitud del siglo XXI reconocidas por los autores; tal denominación debería generar gran alarma, dado que son actos que niegan los logros alcanzados por la humanidad con la abolición y la prohibición de la esclavitud. La realidad que rodea la ejecución de este delito amenaza con erosionar las bases del mundo actual, al cosificar a los seres humanos y reversar los avances que la civilización alcanzó con la declaración de los derechos humanos, la generalización de la prohibición de la esclavitud humana, la prohibición del trabajo forzado, el derecho a la libertad en todas sus manifestaciones –sexual, física, laboral, profesional, de desarrollo de

la personalidad, de tránsito, etc.–, el reconocimiento del derecho a la dignidad humana, o los derechos del ciudadano y la correlativa obligación del Estado de brindar una protección real y efectiva a sus conciudadanos, entre muchos otros, no menos importantes.

Por su parte, la ejecución de políticas estatales a gran escala que blindan al máximo las fronteras de los países y endurecen sus políticas y requisitos migratorios, perjudica el libre tránsito de las personas y el intercambio de mercancías que sí cumplen con las reglamentaciones migratorias y de comercio establecidas (Pérez, 2008, pp. 44-45); así mismo, la migración de personas entre países con fines de trabajo o residencia está viéndose afectada, a lo cual se suma la creciente e insalvable brecha económica y social (Pérez, 2008, p. 52) entre los países autoproclamados como desarrollados o primermundistas y aquellos catalogados como no desarrollados o tercermundistas. Todo lo anterior, propicia el ambiente ideal para la proliferación de los delincuentes y del crimen organizado dedicado a la trata de personas y/o el tráfico ilícito de migrantes, cuyos comportamientos no siempre se ajustan a las descripciones típicas de esos delitos e, incluso, despliegan nuevas conductas que no están contempladas en las mismas.

Este horizonte se agudiza cuando, a las implicaciones propias de la ejecución de los delitos mencionados, se suma la vulneración de los derechos de las víctimas de tales delitos y su explotación, violación, uso y abuso, lo cual genera una grave cosificación del ser humano, contraria a las evoluciones de la civilización y el derecho, en donde los delincuentes engañan o utilizan los anhelos profundos de superación de sus víctimas para someterlas a innumerables vejámenes.

La realidad actual hace ineficientes las gestiones adelantadas por la comunidad internacional para prevenir los ilícitos mencionados y solucionar las secuelas dejadas por ellos tanto en las economías de los países involucrados como en su realidad social y en las micro realidades de las víctimas y de sus familias; lo anterior, pese a los diversos instrumentos jurídicos impulsados por las organizaciones internacionales, pues los países suscriptores olvidan sus compromisos y no los convierten en una realidad para sus ciudadanos, creyendo que es suficiente transponer los postulados internacionales, sin implantar un modelo de regulación integral que sea compatible con una saludable y deseable visión víctima céntrica para que los estados puedan ocuparse, por una parte, de prevenir y penar el delito; y, por otra, de proteger, asistir, tratar, ayudar, reintegrar y resocializar a las víctimas de este delito. Uno de los instrumentos jurídicos internacionales más importantes en la lucha contra este evento criminal es el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños”, también denominado Protocolo de Palermo, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que este año celebrará su decimosexto cumpleaños y a pesar de este tiempo de vida, aún hay países que no lo han ratificado; o que, a pesar de haberlo suscrito o ratificado, no han cumplido de manera adecuada con las obligaciones emanadas del mismo.

El derecho, entonces, pierde la partida al descuidar a las víctimas y limitar sus esfuerzos a contener tales conductas o sancionar las escasas veces en que son denunciadas y se consiguen las pruebas requeridas para castigarlas penalmente. Los estados parecen satisfechos, pero lo cierto es que están más preocupados por la vulneración de sus políticas migratorias que por prevenir la trata de seres humanos y, mucho menos, por brindar una ayuda integral a las víctimas de tal actividad delictiva que les permita a estas últimas superar las consecuencias de cualquier índole que perviven con ellas, les impiden el goce pleno de sus derechos y su reintegración social efectiva, y a cuyo bienestar, en tanto seres humanos, deberían propender todas las instituciones creadas por el hombre.

Con las acciones de los estados no se logra disminuir la trata de seres humanos, dado que los recursos gastados en ello no están direccionados a solucionar los efectos negativos de este ilícito ni a prevenir la captación de sus víctimas, sino que se limitan, casi siempre, a la persecución y sanción penal. Ahora bien, a pesar del gran campo de estudio que abarca el delito de trata de seres humanos, este artículo se ocupa de analizar dos grandes tópicos: de un lado, indaga cuál acepción –‘trata de personas’ o ‘trata de seres humanos’– incluye mejor los diferentes estadios de la vida humana y, por ende, las lesiones que ocasionan estos comportamientos; y, del otro, se pregunta cuál sería la definición más acertada, especializada y comprensiva del mayor número de situaciones constitutivas de trata –en la actualidad o en el futuro–. Ninguno de los dos temas resulta sencillo y, de hecho, cada uno daría, por sí solo, para múltiples discusiones e investigaciones, pero la idea de unirlos en esta reflexión tiene la finalidad de sensibilizar a los estados y a las instituciones para que se preocupan por mitigar los efectos de este flagelo, así como a cualquier persona interesada en el tema, de tal manera que se facilite el entendimiento del delito y el conocimiento de sus características.

¿Trata de personas o trata de seres humanos?

Para adentrarse en las disquisiciones sobre el delito de trata, es conveniente compartir algunas conclusiones a las que se ha arribado en el desarrollo de la tesis doctoral que sirve de marco a esta reflexión, de cara a establecer cuál sería la denominación más adecuada para este delito –‘trata de personas’ o ‘trata de seres humanos’–, en la medida en que permita proteger la mayor cantidad de etapas de la vida humana. No sin antes advertir que las mismas podrán variar a partir de la definición legal que cada ordenamiento jurídico establezca para los términos ‘persona’ y ‘ser humano’.

Tal y como enseña la tradición clásica, sintetizada por el diccionario de la Academia de la Lengua española (s. f.), la palabra persona, etimológicamente, proviene del latín *persōna* que significaba máscara de actor, personaje teatral, personalidad, persona y, aunque otros autores indican que su origen es la palabra latina *per-sonare*, que significaba sonar a través de, lo cierto es que todos coinciden en que tales expresiones latinas provienen del etrusco *phersu* (*phersu*) que, a su vez, proviene del griego *πρόσωπον* (*prósōpon*) que traducen precisamente máscara.

Así, la palabra persona, en consonancia con lo señalado por diversos autores (Cruz, 2011; Vela, 2005; Betancur, 2010, pp. 127-143; Alva, 2008), se refiere a la máscara que se ponían los actores griegos y romanos en sus representaciones teatrales, que contaba con un mecanismo de abocinamiento vocal o una especie de bocina que permitía darle mayor resonancia o proyección a la voz del actor, de modo que llegara a todos los espectadores y que, además, permitía cambiar sus facciones para aproximarlas a la esencia del personaje representado. Según De Aránzazu (2007, pp. 269-279), debido a una serie de trasposiciones, la palabra persona se aplicó al actor primero y, luego, a los actores de la vida social y jurídica, considerados como sujetos de derechos y obligaciones.

Por esto, al profundizar en su significado filosófico, se precisa que ser persona es representar un rol ante el mundo, en la sociedad, es tener voz. La máscara oculta el rostro, pero detrás está el verdadero individuo de la especie humana, el ser humano, a quien en el ámbito jurídico se le llamó 'sujeto de derechos'. Con el tiempo, la palabra persona ha pasado a ser utilizada para denominar a todos los individuos de la especie humana, al punto de entenderse que la persona está detrás de la personalidad, de la máscara o del aspecto que el hombre muestra y usa ante la sociedad para hacerse oír, esto es, utilizar sus derechos.

Dejando de lado las bases etimológicas y el uso común de la palabra persona, importa detenerse ahora en su uso en el discurso jurídico legal, esto es, en su concepto jurídico. En este contexto, persona es aquel ser con aptitud o voluntad para ser sujeto de derechos y obligaciones, asimilándose a la personalidad; para ello, se deben reunir unas ciertas condiciones impuestas por el legislador, las cuales varían en cada país y que se pueden sintetizar en que el ser humano nazca y perviva a su separación del vientre materno, como requisitos básicos, pero no únicos en algunos derechos.

Por su parte, el de ser humano es un concepto biológico (Acfilosofía, s. f.) que comprende a todos los miembros de la especie humana desde su concepción, aunque no todos lleguen a ser reconocidos como persona para el derecho. Según los últimos avances científicos, los seres humanos comparten la misma naturaleza conforme lo indica el análisis reciente del genoma humano, el cual es idéntico en los seres humanos en un 99,9 % (Consejo Argentino para la Información y el Desarrollo de la Biotecnología, s. f.; Ramírez, 2005), el 0,1 % restante es la pequeña diferencia, divergencia o polimorfismo genético que distingue un ser humano de otro, en aspectos como el sexo, el color de la piel, de ojos o de cabello, la altura, el peso, la fisionomía, etc., pero sin desligarlo de su especie. De lo cual se puede deducir que todos los seres humanos comparten una misma naturaleza y, por ello, deben gozar, en principio, de los mismos derechos y protecciones, sin importar si han cumplido los requisitos legales para ser considerados personas.

A tono con el Código Civil español vigente, la disposición final tercera de la Ley 20 de 2011 dispone que "[l]a personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno

materno” (art. 30), por lo cual es persona el concebido luego de su nacimiento con vida tras la separación total de su madre. La misma codificación establece que “[e]l nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente” (art. 29), con lo cual se estatuye la favorabilidad frente a los derechos que, si bien, al no ser aún considerado persona, esto es, sujeto de derechos, no puede ejercer a plenitud, sí podrá hacerlo su representante legal cuando sean favorables al concebido y a condición de que nazca vivo y se separe por completo de su madre (art. 30).

Según Cabanillas (1993), hasta antes de la reforma mencionada, la codificación española establecía que “[p]ara los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”, lo cual generó múltiples y dispares discusiones, que no pueden reproducirse ahora. La reforma de 2011 armonizó la reglamentación española con los conceptos hoy aceptados, dejando de lado los problemas asociados a las 24 horas de pervivencia requeridas y poseer ‘figura humana’, requisitos arcaicos (Macanás, 2013), nacidos en un derecho oscurantista plagado de creencias fantásticas y discriminadoras, que generaba muchas y disímiles dificultades en la praxis jurídica.

El Código Civil colombiano vigente señala: “Personas Naturales. Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” (art. 74). Lo cual se complementa con las previsiones del art. 90 *ibidem*:

[l]a existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

Al igual que en el derecho español, el ordenamiento civil colombiano brinda protección al ser humano concebido que está por nacer (art. 91):

[l]a ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

De igual forma, en el art. 93 *ejusdem* el citado legislador señala los derechos diferidos del que está por nacer, así:

[l]os derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del inciso del artículo 90 pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

En el derecho peruano, por su parte, según el Código Civil vigente, “[l]a persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo” (art. 1).

El sujeto de derecho es, entonces, en Perú, el ser humano desde su concepción hasta su muerte, considerado individual (persona natural o física o concebido) o colectivamente (persona jurídica u organizaciones de personas no inscritas). Lo cual es recogido en Fernández (s. f.) cuando precisa:

[s]ólo el ser humano, en cualquiera de sus cuatro “maneras de ser”, es sujeto de derecho. Es decir, individual o colectivamente considerado. Ningún otro ente de la naturaleza es sujeto de derecho. De lo expuesto se desprende, por consiguiente, que sólo lo que jurídicamente se alude como “persona” es sujeto de derecho. Es decir, la persona es sujeto de derecho en cuanto ser humano, en cualquiera de las mencionadas cuatro maneras de presentarse en el mundo. Aunque a nivel de la doctrina –al menos en la peruana–, por el momento, el término persona se reserva sólo para el ser humano nacido –persona natural– y para el ser humano que constituye una “organización de personas” inscrita y que, por este hecho, como está dicho, adquiere un estatuto legal de excepción. El concebido, sin embargo, es una persona por nacer, tal como se le reconoce en la doctrina y en la legislación argentina. Sólo no se menciona como persona a la “organización de personas no inscrita”, desde que el adjetivo de ‘jurídica’ lo expropiaron los pandectistas para designar a la organización de personas ‘inscrita’.

Por supuesto, cuando en la transcripción se habla de cuatro maneras de ser se hace referencia a que en ese país se reconocen esas clases de sujeto de derecho: El concebido (persona por nacer o *nasciturus*), la persona natural, la persona jurídica y las organizaciones de personas no inscritas (asociación, fundación y comités no inscritos). Ahora bien, en relación con el concebido como sujeto de derecho rige la condición suspensiva de la efectividad de sus derechos patrimoniales, lo que, en palabras del Tribunal Supremo

no significa que aquellos derechos no existan para el concebido, sino que antes de que se produzca el hecho del nacimiento con vida, aquel concebido no tiene capacidad para recibir, *verbi gratia*, donaciones, legados o indemnizaciones; pero una vez nacido tiene derecho a recibirlos (Corte Suprema de Justicia del Perú, sentencia 1486-2007 de 2008).

Con base en las acepciones ya señaladas y originadas en los tres derechos aludidos y de las conceptualizaciones filosóficas sobre el tema, se puede observar que desde las perspectivas doctrinaria y legal se ha aceptado el término ser humano como comprensivo de todos los instantes de la vida humana, que incluye a individuos de la especie natural humana; mientras que, la voz persona, vista desde la óptica jurídica y no sociológica o cultural, se circunscribe al cumplimiento de unos requisitos legales que demuestren no solo la vida sino la perdurabilidad de la misma, todo para fines y discusiones legales, por lo general en lo relativo a derechos de patrimoniales o sucesorales.

Por ello, para ser reconocido como persona en Colombia y España se exige que el ser humano no nacido o concebido o *nasciturus* nazca vivo y se separe, por completo, de la madre; mientras que, en Perú, solo se requiere que nazca vivo, sin mencionar la separación completa de la madre (lo cual puede generar algunos debates legales). Esta declaración es apoyada por la codificación peruana cuando establece que todo individuo desde su concepción es ser humano; El art. 1 del Código Civil peruano señala: “[l]a vida humana comienza con la concepción”. En Colombia se emplean las expresiones ‘criatura’ o ‘el que está por nacer’, sin más precisiones y, en España, se usa la denominación ‘concebido’.

En consecuencia, y para los propósitos de este trabajo, se asume la acepción de trata de seres humanos, por ser comprensiva de un mayor número de realidades, lo cual permite incluir en dicho crimen aquellos eventos delictivos acaecidos sobre seres humanos no nacidos o concebidos no nacidos, o que aún no han cumplido con los requisitos legales de la personalidad, dado que estos seres humanos para la mayoría de los derechos no son personas desde el punto de vista jurídico, en el sentido de que no gozan de la plenitud de los derechos inherentes a la personalidad, aunque gocen de algunas protecciones legales.

Si, por el contrario, se tomara el término persona, quedarían por fuera del delito estudiado múltiples realidades, especialmente lesivas de la dignidad del ser humano y de sus derechos humanos inalienables, como cuando se ejerce la trata sobre una mujer embarazada, o se le despoja de su hijo nacido o se le practica un aborto; o si, obsérvese, una mujer embarazada víctima de trata, por las lesiones sufridas, pierde a su hijo no nato, o cuando se somete a una mujer bajo los padecimientos de este delito, con el fin de obligarla a la procreación de niños, etc.

Otros casos que podrían quedar por fuera del tipo penal de trata, si se la concibe referida solo a personas, se podrían presentar en sistemas jurídicos donde aún se mantengan condiciones arcaicas, como las establecidas en el antiguo derecho civil español, cuando se era persona solo luego de pervivir 24 horas posteriores al alumbramiento, de tal forma que si un ser humano era víctima de trata en este interregno, en tal derecho hipotético se encontraría desprovista de protección efectiva del Estado y, peor aún, sus victimarios realizarían una acción atípica por lo cual no podrían ser perseguidos o sancionados.

Por lo expuesto, aquí se promueve la titulación universal del delito como ‘trata de seres humanos’, con el fin de comprender todos los eventos en que se involucre la explotación de seres humanos, sin importar la definición de persona que tenga el derecho interno de cada país, para incluir situaciones ubicadas en fronteras grises indefinidas y en las cuales, a pesar de que el derecho no reconozca al ser humano personalidad jurídica, es innegable su condición de tal y, por ende, existe la obligación de conceder la protección que brinda la tipificación penal.

Además, con tal denominación se evitan en esos sistemas jurídicos discusiones sobre si la víctima era persona o no, dado que el fin de la reglamentación mundial contra la trata de personas es proteger a todos los seres humanos sumidos en tan

degradantes situaciones de explotación, atentatorias contra la dignidad y de los derechos humanos, sin importar si está concebido y no nacido o ha nacido, pero sin cumplir aún con los requisitos legales para adquirir la personalidad, primando, entonces, el hecho innegable de nacer con vida.

De todo lo expuesto, se puede deducir que es más omnicomprendiva la locución de trata de seres humanos, porque abarca todos los estadios del ser humano como ser biológico, esto es, desde la concepción hasta la muerte. A su turno, el término persona ha sido acuñado desde la perspectiva jurídica para referirse, en principio, a la adquisición y a la posibilidad de disponer de los derechos derivados de la personalidad, vale decir, igual a la capacidad de relacionarse desde el punto de vista del derecho, para lo cual cada ordenamiento concreto exige el cumplimiento de uno o varios requisitos que pueden variar (haber nacido con vida y separarse por completo del vientre materno; haber nacido con vida; o, en fin, cualquier otra exigencia como el tiempo de pervivencia adicional al nacimiento).

Lo anterior, sin desconocer que en algunas legislaciones se nombra a este delito como trata de personas, debido a su traducción literal del inglés *trafficking in persons*, nombre establecido por el “Protocolo 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”, también conocido como Protocolo de Palermo y, en tales eventos, ese será el nombre a usar en este estudio, para hacer una referencia adecuada a tales sistemas. El origen de esta discusión ocurre durante el proceso de elaboración de los Protocolos que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional mencionada, momento en el cual varias delegaciones señalaron los problemas que planteaba la traducción de los términos *Trafficking in Persons* y *Smuggling of Migrants* del inglés a otros idiomas, cuyos significados en español son, respectivamente, tráfico de personas y contrabando de migrantes.

La noción en los instrumentos jurídicos internacionales y algunas definiciones complementarias

Para arribar a una concepción del delito de trata de seres humanos es indispensable principiar por el estudio de las definiciones legales contenidas en los instrumentos jurídicos internacionales, regionales (europeos y americanos) y nacionales (de los países de España, Colombia y Perú) pertinentes. Esto, debido a que la trata de seres humanos es, sin duda, uno de los delitos que plantea una verdadera problemática no solo desde el punto de vista dogmático, sino desde la óptica de la política criminal, al ser un crimen atroz que afecta la dignidad humana en todas sus esferas, pues se comercializa con seres humanos como si fueran bienes de libre circulación en el mercado, lo cual constituye una forma extrema de explotación y de violación de los derechos humanos.

Con el fin de hacer frente a este fenómeno, que por infortunio aumenta en proporciones alarmantes, hasta considerarse una de las conductas delictivas de mayor provecho económico en la actualidad y que impacta de manera directa a un nú-

mero indeterminado de personas con funestas consecuencias, los ordenamientos jurídicos nacionales, regionales e internacionales, han diseñado un marco normativo en virtud del cual se busca que los estados compaginen sus esfuerzos y adopten medidas normativas y políticas públicas coherentes, aplicables desde el punto de vista social y jurídico, como mecanismos válidos de control formal y de lucha contra el delito de trata de seres humanos. A este respecto, téngase en cuenta que según los datos publicados en el documental 'Trata de mujeres: de Tenancingo a Nueva York' (Discovery, 2016), el delito de trata de personas, pasó de ocupar el tercer puesto en el ámbito mundial, después de la venta ilegal de armas y el tráfico de drogas ilícitas, al segundo, lo cual evidencia la gran cantidad de dinero que mueven estas organizaciones delincuenciales; la CNN generó también un documental sobre este tema en el 2015 y otros documentales sobre trata de seres humanos están disponibles en internet, en el portal YouTube.

De esta manera, aunque los estados no den cumplimiento adecuado a los compromisos adquiridos, es un gran avance que los organismos internacionales, regionales y nacionales, se ocupen del tema, pues ello constituye un punto de partida necesario para sensibilizar sobre tal realidad. Al estudiar el *iter criminis* del delito de trata de seres humanos y con base en las posiciones doctrinarias mayoritarias, se puede establecer una clasificación de los tipos o dimensiones de la trata de seres humanos según el lugar de traslado y/o explotación final de la víctima, así:

De un lado, la *trata interna o doméstica*. La víctima es explotada en su zona de origen o es trasladada para su explotación dentro de las fronteras de un mismo país, por lo general es el de origen que no se refiere al sitio de nacimiento de la víctima, sino al lugar donde se inicia todo el proceso de captación o enganche, siendo en algunos casos coincidentes, pero no así en todos.

Del otro, la *trata internacional o externa*. Ocurre cuando para su explotación la víctima es trasladada fuera de las fronteras de su país de origen, bien dentro de la misma región geográfica, o, bien, fuera de ella; este tipo de trata se caracteriza porque la captación o enganche ocurre en el país de origen de la víctima y la explotación acaece en uno diferente, con lo cual se requiere el cruce de fronteras de la nación de la víctima hasta el sitio final de su explotación. Dentro de este tipo de trata se distinguen dos subtipos o subdimensiones, ayudados de la división establecida por la Organización de Naciones Unidas – ONU (2009) de 11 regiones del mundo: la trata intrarregional, que se presenta cuando para su explotación la víctima es trasladada fuera de las fronteras de su país de origen, pero dentro de una misma región geográfica, usualmente se da el cruce de fronteras entre países cercanos desde el punto de vista geográfico; y la trata interregional, cuando para su explotación la víctima es trasladada fuera de las fronteras de su país de origen traspassando una o varias regiones geográficas, que no necesariamente son cercanas.

Al respecto, adviértase que en las conclusiones contenidas en el Informe citado, las Naciones Unidas identifican tres dimensiones o tipos de trata de seres humanos, según sus flujos, tal y como se indica a continuación, las cuales se emplean en

los subsecuentes informes anuales que ese organismo redacta sobre esta actividad criminal: trata interregional, trata intrarregional y trata doméstica o interna. En tal documento, en las páginas 16 y 17, la ONU divide al mundo en 11 regiones a saber: Medio oriente y Norte de África, África occidental y central, África del este, África del sur, Norteamérica, América central y Caribe, América del sur, Asia del este y pacífico, Asia del sur y Sudoeste asiático, Europa del este y Asia central y Europa occidental y central.

Análisis de las definiciones legales del delito de trata de seres humanos.

Son varios los instrumentos jurídicos internacionales, regionales y nacionales, que contienen alguna definición o tratan el delito en estudio, pero ha sido la presión de los organismos internacionales la razón por la cual los gobiernos nacionales definen y tratan a nivel estatal este tipo de actividad criminal. Por eso, sin temor a equívocos, se puede decir que los instrumentos jurídicos internacionales y regionales han sido los precursores de las tipificaciones nacionales y de las definiciones usadas o acuñadas por la doctrina.

Así las cosas, se debe iniciar por el estudio de las definiciones legales del delito de trata de seres humanos relevantes para los países analizados; por ello, una vez examinadas todas ellas y las normas *in extenso*, puede decirse que la noción rectora en el ámbito mundial es, con algunas variaciones, la establecida en el art. 3 del “Protocolo 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”, también conocido como Protocolo de Palermo, expedido en Italia en el año 2000, en el marco de la Conferencia Mundial convocada por la ONU, que entró en vigor el 25 de diciembre de 2003. En relación con ello, se debe tener en cuenta que los instrumentos jurídicos estudiados son: el “Protocolo 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” (artículo 3.2.); la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011, “relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo” (Artículos 2, 3 y 5. 3); la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones-Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012–2016)/COM/2012/0286 final” (apartado 1); el “Convenio 197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos”, (Artículo 4. 5.); la “Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores” (Artículo 2. 6); la “Declaración interamericana para enfrentar la trata de personas, nombrada también como Declaración de Brasilia, aprobada en la 3ª Sesión Plenaria del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos-Comisión de Seguridad Hemisférica”, celebrada el 5 de Diciembre de 2014, en el marco de la cuarta reunión de autoridades nacionales en materia de trata de personas; el “II Plan de trabajo para combatir la trata de personas en el hemisferio occidental –2015-2018–”; y la “Convención interamericana

para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém do Pará. Belém Do Pará” (1994).

De la legislación española: Ley Orgánica 4 de 2000 sobre “derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, modificada por las siguientes leyes: Ley Orgánica 5 de 2010 “por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995”; Ley Orgánica 11 de 2003 “de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros”; Ley Orgánica 13 de 2007 “para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas”; Ley Orgánica 1 de 2015 “por la que se modifica la Ley Orgánica 10 de 1995”.

De la legislación peruana: Código Penal peruano (1991); Constitución Política peruana (1993); Ley 26309 “por la cual se adiciona el artículo 153 A” a la Codificación Penal peruana, erigiendo la forma agravada del delito de trata de personas, modificada por la Ley 28950 de 2007; Ley 28950 de 2007 “Por la cual se modifican dispositivos del Código Penal en materia de trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes”; Decreto Supremo 007-2008 de 2008 “por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley 28950 – Ley contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes”.

De Colombia: Decreto 100 de 1980 “por el cual se expide el Código Penal”; Constitución Política (1991); Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”; Ley 985 de 2005 “por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma”; Ley 1453 de 2011 “por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”. De igual manera, se ha hecho una revisión y un estudio exhaustivo de la bibliografía disponible en formato físico y/o digital sobre el tema y de ella se han extraído las posiciones y los tratamientos doctrinarios más relevantes, pero por cuestiones de espacio, no es posible enunciarlos en este artículo.

En relación con el artículo 3° arriba citado, se puede decir que él es el primer instrumento internacional en definir la trata con las características actuales de tal actividad criminal y en instar a los Estados a crear mecanismos para su prevención, legislar internamente para combatirla y capacitar a sus funcionarios para aplicar dicha legislación; obsérvese:

Artículo 3 – Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para

obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años.

De la noción *sub examine* se extraen tres elementos esenciales del delito de trata de personas que están vinculados o interrelacionados de forma estrecha: la actividad (o el enganche); los medios (o la forma en que se engancha); y el propósito o fin (la explotación). Fundado en ellos, la trata de personas que pretende proscribir el Protocolo de Palermo se puede sintetizar como una actividad que, al utilizar determinados medios, tiene como propósito o fin la explotación. Estos elementos se van a desarrollar a continuación con base en la cartilla elaborada por la Comisión Interamericana de Mujeres –CIM– de la Organización de Estados Americanos –OEA–, la Organización Internacional para las Migraciones –OIM–, y el Instituto Nacional de Migración y el Instituto Nacional de las Mujeres de México, por su vigencia, simplicidad y didáctica (2006).

La actividad.

Para el Protocolo, este elemento se resume en “la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas” deduciéndose, entonces, con base en los análisis efectuados por los doctrinantes y estudiosos, que la misma se desarrolla en tres momentos diferenciados: captación o enganche; transporte y traslado; y recepción y acogida.

En la captación o enganche, se pretende ganar la voluntad, atraer o reclutar a quien va a ser víctima de este delito, lo cual se realiza –de forma usual– en el lugar de origen de la víctima, mediante ofertas laborales atractivas, posibilidades de migración con la expectativa del mejoramiento de su vida o la posibilidad de ayudar a sus familiares, facilidades económicas y/o un sin número de promesas que se aprovechan de los deseos de las personas y de sus esperanzas de superación.

Muchos expertos coinciden en que, en la mayoría de los casos, el captador o reclutador pertenece al mismo entorno social de la víctima, lo que genera en ella la confianza necesaria para aceptar la oferta y que, en los casos de seres humanos concebidos, pero aún no nacidos, menores de edad o mujeres, puede encontrarse

otro delito de por medio, como es su venta por parte de los adultos responsables de su guarda, cuidado y protección.

El transporte y traslado implican el desplazamiento físico de las víctimas, impulsado por los tratantes desde el lugar de origen o captación al lugar de destino, con fines de explotación. Se cumple con este segundo momento al generar las condiciones para garantizar lo uno o lo otro, sea orientándolo, facilitándolo, acompañándolo o realizándolo; puede incluir desde el pago de pasajes, la compra directa de pasajes por parte de los tratantes, el traslado en vehículos propios o de terceros, la facilitación del contacto con terceros para el traslado, la instrucción de las víctimas para su desplazamiento y llegada a destino, etc. Cabe señalar que, por lo general, las víctimas viajan acompañadas por un miembro de la organización, quien se asegura de que lleguen a destino, pero, cuando ellas viajan engañadas por un falso aviso de empleo, suelen desplazarse solas, incluso por sus propios medios.

En los casos en los cuales se cruzan fronteras, las víctimas suelen hacer uso de su propia documentación (la misma que luego se les sustrae o decomisa por los tratantes una vez han arribado al destino de la explotación o luego de realizados los pasos requeridos por los controles migratorios), sin desconocer los casos en donde se emplea documentación falsa o irregular. Al tratarse de menores de edad, los tratantes prefieren hacerlos cruzar la frontera con documentación falsa, para no delatar la minoría de edad o, en numerosos eventos, viajan con autorización de sus propios padres o representantes legales, quienes, a sabiendas o no del aberrante fin de explotación que les espera, los entregan a los tratantes a cambio de diversos beneficios; aunque los tratantes también son hábiles a la hora de engañar a los padres o tutores para conseguir tal autorización, asegurándoles mejores condiciones de vida para sus hijos o prohijados.

En un gran número de situaciones, la víctima coopera con el tratante frente a las autoridades, pues, en general, no sabe que con posterioridad será explotada; en esta fase, los enemigos de las víctimas son las autoridades de control migratorio fronterizo de cada país que las separan del país de destino deseado.

Para concluir, la recepción y acogida implican recibir o albergar a la víctima en cualquier etapa del proceso, con el propósito de asegurar su disponibilidad tal y como si fuere una mercancía. No importa que la recepción o acogida se haga con el consentimiento de la víctima ni que se realice en unas buenas condiciones. Sin embargo, el estudio de casos muestra que en este momento de la actividad los tratantes destapan sus verdaderas intenciones; las víctimas son golpeadas por su trágica realidad y son sometidas a alojamientos con pésimas condiciones físico-sanitarias y empiezan los vejámenes y las diversas formas de explotación que les tienen preparadas.

Luego de este primer contacto con la realidad de la explotación, las víctimas son mantenidas bajo un estricto control por sus tratantes o por sus explotadores finales; para ello, se utilizan diversas técnicas de fuerza, coacción, coerción, abuso de la posición dominante frente a la víctima o de una situación de vulnerabilidad de la

víctima, como, por ejemplo, la privación o restricción de la libertad, el control del contacto con familiares y otras personas, los malos tratos físicos y psicológicos, la retención de la documentación, el suministro de drogas y alcohol, las amenazas para la integridad física o moral de la víctima o de sus familiares o amigos, las amenazas con contarle a sus parientes o amigos las actividades que han sido obligadas a realizar, entre muchas otras formas.

Los medios.

Este segundo elemento da cuenta de las diversas formas utilizadas para realizar la trata de personas. La definición en estudio las describe así: “la amenaza o uso de la fuerza, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder, vulnerabilidad, la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación”. Se trata de una lista taxativa de medios, lo cual es un grave desacierto porque debió propender por un listado ejemplificativo de los usados por los tratantes, sin desconocer los medios nuevos o no descubiertos empleados o que podrían usar los tratantes para obtener la explotación de sus víctimas.

Sin embargo, no hay que desconocer que esta definición es bastante completa y comprensiva de múltiples realidades, aunque bien podría ser perfeccionada en el sentido antes mencionado, lo cual se soluciona con facilidad mediante la inclusión de fórmulas como ‘entre otros medios’, ‘o cualquier otro medio’ u otra que permita entender, sin temor a equívocos, que la tipificación incluye cualquier otro medio por el cual el tratante garantice su fin de explotación.

Por otra parte, el Protocolo establece que cuando las víctimas sean niños, esto es, menores de 18 años, no se necesita que existan los medios antes estudiados para que la actividad se califique como trata de seres humanos, al precisar en el inciso c del artículo en estudio que “[l]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará ‘trata de personas’ incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo”.

El propósito o fin: la explotación.

El Protocolo lo concibe en su acepción amplia, que permite incluir cualquier tipo de explotación tal y como establece la definición: “[e]sa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”. Esto significa un gran avance, dado que al no crearse un tipo cerrado frente a las finalidades perseguidas pueden incorporarse finalidades no conocidas en la actualidad por los tratantes y que podrían surgir en el futuro. Ahora bien, la definición del Protocolo de Palermo hace referencia expresa al consentimiento dado por la víctima de trata y precisa que el mismo se tendrá por inexistente, esto es, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en la definición estudiada.

Por último, debe indicarse que, de acuerdo con la definición *sub examine*, para que se configure el delito estudiado, los componentes o elementos indicados deben considerarse de manera conjunta, es necesario que estén conectados, por lo cual, aunque no se haya consumado el delito por estar aún en alguna de las fases previas del *iter criminis*, si se logra establecer la relación mencionada se estará frente a un caso de trata.

A continuación, se aborda un instrumento jurídico regional europeo aplicable a uno de los países sobre los cuales versa este estudio –España–, cual es, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (2011), relativa a la “Prevención y Lucha Contra la Trata de Seres Humanos y a la Protección de las Víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo”. Esta directiva establece las normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de la trata de seres humanos a nivel europeo e introduce disposiciones comunes teniendo en cuenta la perspectiva de género para mejorar la prevención de este delito y la protección de las víctimas; dice así:

Artículo 2. Infracciones relacionadas con la trata de seres humanos:

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las conductas siguientes cuando se cometan intencionadamente:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla.

2. Existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso.

3. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos.

4. El consentimiento de una víctima de la trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios contemplados en el apartado 1.

5. Cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios contemplados en el apartado 1.

6. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por «menor» cualquier persona menor de dieciocho años.

Lo primero a resaltar es que el delito de trata descrito requiere demostrar la intencionalidad en la ejecución de las acciones para su tipicidad, lo que en derecho penal equivale al dolo dejando por fuera las conductas en las cuales no se demuestre esa intencionalidad dañosa, es decir, las culposas. También, se observa que la descripción de la conducta típica abarca todos los verbos rectores contenidos en la definición del Protocolo de Palermo, pero incluye el intercambio y la transferencia de control sobre las víctimas, para tipificar dos situaciones ubicadas en la frontera gris de la definición, porque dentro de la ejecución del delito mencionado puede ocurrir que el primer tratante intercambie a su víctima con un segundo tratante o con un tercero o transfiera el control que posee sobre la víctima a otro tratante o a un tercero. Con esta adición, se logra, entonces, sancionar ambos tratantes o al primer tratante y al tercero.

Así mismo, la directiva en revisión adiciona otro elemento que debe entenderse como explotación: el aprovechamiento para realizar actividades delictivas. El comentado se entiende comprendido en la definición del Protocolo de Palermo tácitamente, pero, al incluirlo de forma expresa, se amplía el ámbito típico del delito para incluir una explotación en la cual se obligue a la víctima a cometer cualquier delito; este supuesto se incluyó debido a las fronteras grises surgidas al enfrentar la definición del Protocolo de Palermo con la realidad de la ejecución del delito de trata de seres humanos. En todo caso, es preferible dejar enunciadas las formas de comisión conocidas y utilizar una fórmula abierta para incluir las futuras o actualmente desconocidas, con eso se hace una mayor claridad en la aplicación del tipo.

Otra situación que constituye un gran avance en la definición del delito de trata de seres humanos es lo previsto en el art. 5° de la Directiva, relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas. De este modo, se evita que los seres humanos que actúan y deciden por la persona jurídica infractora se escuden en la irresponsabilidad de esta última y eludan responsabilidades y mantengan activos negocios que muestran una fachada de legalidad, como por ejemplo, agencias de modelos, agencias de colocación de empleos o empresas que ofrecen aprender otro idioma de forma rápida mediante la inserción total en un país que hable tal idioma, bien sea indicando que deben realizar algún tipo de trabajo para pagar su estadía o sin informar tal situación, pero que, en su trasfondo, mantienen una red indetectable y que, al permanecer abiertos, continuaban atrayendo y captando más víctimas inocentes.

Mediante esta disposición, las personas jurídicas son consideradas responsables de las infracciones penales relativas a la trata cuando sean cometidas en su beneficio por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en su seno, basado en un poder de representación de dicha persona jurídica, una autoridad para tomar decisiones en nombre de ella o una autoridad para ejercer control en su interior. También, son consideradas responsables de las infracciones penales relativas a la trata cuando la falta de supervisión o control por parte de una de las personas a que nos referimos en el párrafo anterior, haya hecho posible que una persona

sometida a su autoridad cometa una de las infracciones penales relativas a la trata que contempla la directiva en beneficio de la persona jurídica.

Esta responsabilidad se establece sin perjuicio de las acciones penales que puedan emprenderse contra las personas físicas que sean autoras, inductoras o cómplices de alguna de las infracciones mencionadas; lo cual permite procesar y sancionar no solo a las personas físicas que hacen parte de la actividad criminal, sino a la persona jurídica que ampara y reviste de protección a tales personas para el desarrollo de este tipo delictivo. Así mismo, dentro del orden regional aparecen la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012–2016)”, la cual incluye medidas como la creación de unidades policiales nacionales especializadas en la trata de personas (en España llevan más de una década funcionando a nivel central y periférico en el Cuerpo Nacional de Policía, las UCRIF), la creación de equipos conjuntos de investigación europeos y la protección y apoyo a las víctimas. Allí se define la trata así:

[l]a trata de seres humanos es la esclavitud de nuestro tiempo. Con frecuencia las víctimas son captadas, transportadas o alojadas a la fuerza, mediante coacción o fraude en condiciones de explotación, incluidas la explotación sexual, el trabajo o los servicios forzosos, la mendicidad, las actividades delictivas o la extracción de órganos. Constituye una violación grave de la dignidad y la libertad de la persona y una forma de delincuencia grave, que a menudo tiene implicaciones que los países no pueden resolver con eficacia por separado.

La trata de seres humanos presenta muchas formas diferentes y evoluciona con los cambios socioeconómicos. Se centra en mujeres y hombres, niñas y niños en situaciones vulnerables. De acuerdo con las estimaciones disponibles de la Organización Internacional del Trabajo de junio de 2012 relativas al período 2002–2011, el número de víctimas del trabajo forzoso, incluida la explotación sexual, asciende a 20,9 millones a nivel mundial, con aproximadamente 5,5 millones de menores objeto de trata cada año. No obstante, se considera que esta estimación es conservadora.

La trata de seres humanos es una actividad delictiva lucrativa que genera beneficios por valor de varios miles de millones de euros.

En términos generales, asume la concepción ya estudiada del Protocolo de Palermo, pero advierte que el delito de trata constituye una violación grave de la dignidad y la libertad de la persona y constituye una forma de delincuencia grave, con un aspecto transnacional.

También, dentro de los instrumentos del orden regional europeo, se halla el “Convenio N° 197 del Consejo de Europa sobre la “Lucha contra la trata de seres humanos” (2005), ratificado por España (2009), el cual trae, en su art. 4°, una definición de trata de seres humanos del siguiente tenor:

Artículo 4. Definiciones

Para los fines del presente Convenio:

- a) Por «trata de seres humanos» se entenderá el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajitas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos;
- b) El consentimiento de una víctima de la «trata de seres humanos» a la explotación pretendida, tal como se describe en la letra a) del presente artículo, será irrelevante cuando se utilice cualquiera de los medios a que hace referencia la misma letra a);
- c) El reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de un menor a efectos de su explotación se considerará «trata de seres humanos» aunque no se recurra a ninguno de los medios previstos en la letra a) del presente artículo;
- d) Por «menor» se entenderá toda persona menor de dieciocho años;
- e) Por «víctima» se entenderá toda persona física que sea objeto de trata de seres humanos según se define en el presente artículo.

Lo primero que debe resaltarse es que la noción guarda estrecha sincronía con la del art. 3 del Protocolo de Palermo, pero se diferencia en que el Convenio incluye el verbo rector 'reclutamiento'. Este último puede entenderse como sinónimo de captación; el diccionario de la lengua española, lo define como "acción o efecto de reclutar", y la palabra reclutar es definida, a su turno, como "reunir gente para un propósito determinado" y, por su parte, la voz captar significa "atraer a alguien", ganar la voluntad o el afecto de alguien. Sin embargo, pese a que podrían utilizarse como sinónimos, el reclutamiento implica mucho más que la simple captación, ambos términos sugieren atraer a una o varias personas, pero el primero implica unir esfuerzos para un propósito determinado, que se torna común, aunque sea mediante engaños; por su parte, la segunda, se configura con el solo hecho de atraer a una o varias personas, ganándose su voluntad o afecto. La mención expresa del verbo rector 'reclutar' amplía todavía más el abanico de situaciones susceptibles de calificarse como trata de seres humanos y con su tipificación expresa se salvan fronteras desdibujadas o grises del tipo penal en estudio.

La otra diferencia radica en los medios usados, pues el Protocolo de Palermo se refiere a la amenaza, la fuerza u otra forma de coacción y el Convenio de Varsovia alude a las amenazas, el uso de la fuerza u otras formas de coerción. Para aclarar el distingo, debe acudir al diccionario de la lengua española que deslinda los significados de los términos coacción y coerción, al precisar que aquella es la

“fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo”, mientras que esta es la “presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta”. De los significados transcritos se puede observar que la palabra coacción presupone el uso de la fuerza o violencia, mientras que la palabra coerción omite esta implicación, bastando cualquier presión ejercida sobre otra persona, sin necesidad de violencia.

Las diferencias señaladas cobran importancia en el ámbito probatorio del delito de trata de seres humanos, dado que en el marco del Protocolo se debe probar el uso de la fuerza o violencia en cualquiera de sus modalidades para declarar la coacción; mientras que a la luz del Convenio basta con demostrar la presión ejercida, sin demostrar que se usó cualquier tipo de fuerza o violencia. Esta prueba no representa grandes retos en los casos en que la fuerza o la violencia ejercidas son públicas, pero cuando ellas son íntimas se desarrollan en espacios privados o atacan la psique de la víctima, el debate probatorio se torna más complejo.

Ahora bien, dentro de los instrumentos jurídicos del orden regional americano, debe mencionarse la “Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores” (OEA, 1994), que desarrolla el tema de la trata de niñas, niños y adolescentes, aprobada en el marco de la Organización de los Estados Americanos durante la “Quinta conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional Privado”, celebrada en México en 1994. La Convención entró en vigor el 15 de agosto de 1997 y establece una definición del delito de trata, en su art. 2 bajo el nombre de Tráfico internacional de menores. No obstante, es menester precisar que, para la época de esta Convención, aún no se habían decantado o especializado doctrinaria ni legalmente los términos usados para definir este evento criminal. Así, la palabra tráfico está tomada de su traducción literal del inglés *Trafficking*, pero, hoy, con los desarrollos doctrinarios alcanzados, la misma debe ser traducida al español como trata.

Artículo 2

Esta Convención se aplicará a cualquier menor que se encuentre o resida habitualmente en un Estado Parte al tiempo de la comisión de un acto de tráfico internacional contra dicho menor.

Para los efectos de la presente Convención:

- a) “Menor” significa todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años.
- b) “Tráfico internacional de menores” significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos.
- c) “Propósitos ilícitos” incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado.

d) “Medios ilícitos” incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre.

Si bien este instrumento jurídico internacional regional se refiere solo a una franja de edad que va desde los cero a los 18 años de edad, es muy importante en la región americana para la lucha contra la trata de personas; esta Convención Interamericana trae en su definición tres elementos, a saber: actividad, propósitos ilícitos y medios ilícitos. Ellos guardan una relación estrecha con los ya analizados del Protocolo de Palermo, pero dejan entrever algunas diferencias: para la Convención, la actividad se refiere a la sustracción, al traslado o la retención de un menor –o a las tentativas de esas tres acciones–, lo cual suministra una tipificación más restrictiva que la del Protocolo de Palermo. A este instrumento se le debe reconocer el haber traído al debate regional americano este grave flagelo –aunque referido a menores de edad– en una época temprana –el año de 1994–, además de erigirse como un primer escalón en la lucha contra la trata de seres humanos en la región, que, según múltiples estudios, es el origen y destino predilecto de las organizaciones criminales que se dedican a ejecutar las acciones delictivas de trata de seres humanos.

Otro instrumento jurídico regional americano es la “Declaración interamericana para enfrentar la trata de personas”, nombrada también como “Declaración de Brasilia” (OEA, 2014), la cual, a pesar de no brindar una definición de la trata, establece en su Declaración 1 que ese es un delito que viola los derechos humanos y atenta contra la libertad, la integridad física, la salud, la dignidad de las víctimas y de sus familias y, añade, a los sectores más vulnerables de nuestras sociedades. Por primera vez, entonces, se reconoce la vulneración de derechos a las familias de las víctimas, que se erigen como víctimas secundarias de este delito; también se refiere, de forma expresa, a violaciones de los derechos humanos, en especial, la libertad y la dignidad humana –mencionados en otros instrumentos como vulnerados (Castro, 2015)– y, de modo novedoso, a la integridad física y la salud, que antes no habían sido tenidas en cuenta.

Por su parte, el “II Plan de Trabajo para Combatir la Trata de Personas en el Hemisferio Occidental– 2015-2018” (OEA, 2014), surgido de la reunión antes mencionada, sostenida en Brasilia en 2014, precisa que la definición usada por tal Plan será la contenida en el Protocolo de Palermo, ya estudiada. Además, es menester indicar que la “Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (OEA, 1994) o Convención de *Belém do Pará*, aunque no desarrolló una definición sobre trata de seres humanos, sí precisa que la misma debe ser entendida como violencia contra la mujer y, por ello, los Estados suscriptores tienen la obligación de proteger a las víctimas de trata, aun cuando no hayan suscrito los otros instrumentos jurídicos mencionados previamente.

Ahora bien, en relación con las normas nacionales de España, Perú y Colombia, se hace a continuación referencia a la tipificación vigente sobre el delito de trata de seres humanos y se plasman algunas anotaciones relevantes para lo cual se emplean, como ya se indicó, los nombres propios dados al delito en estudio en cada una de esas legislaciones.

El instrumento jurídico español que contiene la definición vigente es el artículo 177 Bis del Código Penal, modificado por la Ley Orgánica 1 de 2015, normativa esa última mediante la cual el Estado español atendió sus compromisos internacionales y, en virtud de su artículo único, apartado 94, los numerales 1 y 4 del art. 177 Bis sufrieron modificaciones que entraron en vigencia el uno de julio de 2015 (Disposición Final Octava *ibídem*). El texto final vigente del artículo 177 Bis completo es el siguiente:

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.
- d) La extracción de sus órganos corporales.
- e) La celebración de matrimonios forzados.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones enumeradas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito;

b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior».

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriera la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

10. Las condenas de los jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que

haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.

Se debe resaltar el hecho de que los tipos vertidos en el art. 177 Bis aclaran los posibles sitios de comisión del delito, cuando indican en el numeral 1 “sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella”, con lo cual cubre de forma espléndida el abanico de posibilidades; pero, por otra parte, esas figuras carecen de una cláusula genérica para cobijar cualquier fin de explotación del ser humano como sería aconsejable, en atención a que así no habría fronteras grises por las cuales se deslizaran de forma impune los tratantes.

De igual forma, el legislador español omitió incluir las amenazas entre los medios utilizables para la comisión del delito de trata, por lo cual las acciones que tiendan a dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien (según el diccionario de la lengua española), quedarían por fuera de la adecuación típica en estudio; con todo, hay autores que desprenden iguales consecuencias de la intimidación y de la amenaza, tratándolas como sinónimos; no obstante, teniendo en cuenta que intimidar significa “causar o infundir miedo”, no parece correcto equipararlos.

En lo atinente al instrumento jurídico nacional de Perú, debe decirse la definición vigente del delito de trata de personas la brinda el Código Penal peruano en el Título IV, referido a los delitos contra la libertad, Capítulo I sobre la Violación de la libertad personal, arts. 153 y 153A, cuyos textos, con las modificaciones incorporadas por la Ley 28950 de 2007, son los siguientes:

Artículo 153.- Trata de personas.

El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior.

Artículo 153 A.- Formas Agravadas de la Trata de Personas.

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36º incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal, cuando:

1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública;
2. El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, que aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito;
3. Exista pluralidad de víctimas;
4. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad o es incapaz;
5. El agente es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar.
6. El hecho es cometido por dos o más personas.

La pena será privativa de libertad no menor de 25 años, cuando:

1. Se produzca la muerte, lesión grave o se ponga en inminente peligro la vida y la seguridad de la víctima.
2. La víctima es menor de catorce años de edad o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental.
3. El agente es parte de una organización criminal.

Esta definición se construyó con base en los lineamientos de los instrumentos jurídicos internacionales, dando lugar a un tipo penal amplio que abarca múltiples realidades y permite tipificar un gran número de conductas efectuadas por los tratantes. Dicha codificación, al incluir el delito de trata de personas desde el año 1991 con una definición tan descriptiva y comprensiva, sin que estuviera en vigor aún el Protocolo de Palermo, constituye un ejemplo de cómo los países latinoamericanos propenden por luchar y contener este flagelo desde mucho antes que la comunidad internacional se diera cuenta de la gravedad del mismo; esto obedece, es seguro, a que sus ciudadanos han sido víctimas de tales delitos.

Además, se debe resaltar que la Constitución Política de Perú (1993) eleva al rango constitucional la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos (art. 2, num. 24, lit. b), cosa que no ocurre en otras constituciones como la española.

Así mismo, el instrumento jurídico nacional de Colombia que brinda una definición de trata de personas es el Código Penal en su art. 188 A, modificado por la Ley 985 de 2005, “por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de per-

sonas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma”, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 188A. Trata de Personas.

El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

Esta redacción legal, adviértase, se acompasa mejor con los instrumentos internacionales al utilizar los mismos verbos rectores –captar, trasladar, acoger y recibir–. No se transcribe el verbo transportar, pero el mismo se deduce del significado literal del verbo trasladar porque, según el diccionario de la lengua española, trasladar es “llevar a alguien o algo de un lugar a otro” y transportar tiene idéntico significado, esto es, “llevar a alguien o algo de un lugar a otro”; así, la omisión de ese verbo rector no afecta en nada a la descripción típica del delito de trata.

En este caso el fin es la explotación, a cuyo efecto se entiende por tal:

el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

Como se ve, se utiliza una fórmula abierta en la redacción de la finalidad pretendida con la ejecución típica del delito de trata de personas cuando se emplea la expresión “u otras formas de explotación”, con lo cual el tipo penal es abierto y evita que queden por fuera posibles formas, actuales o futuras, de explotación, tales como la utilización de las personas tratadas en la comisión de delitos, entre otros eventos.

A su vez, la Ley 1453 de 2011, adicionó los artículos 188 C y 188 D al Capítulo quinto referido a los delitos contra la autonomía personal del Título III de los delitos contra la libertad individual y otras garantías, cuyos textos son:

Artículo 6°. Tráfico de menores de edad: La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 188 C, el cual quedará así:

Artículo 188 C. Tráfico de niñas, niños y adolescentes:

El que intervenga en cualquier acto o transacción en virtud de la cual un niño, niña o adolescente sea vendido, entregado o traficado por precio en efectivo o cualquier otra retribución a una persona o grupo de personas, incurrirá en prisión de treinta (30) a sesenta (60) años y una multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. El consentimiento dado por la víctima o sus padres, o representantes o cuidadores no constituirá causal de exoneración ni será una circunstancia de atenuación punitiva de la responsabilidad penal. La pena descrita en el primer inciso se aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando:

1. Cuando la víctima resulte afectada física o síquicamente, o con inmadurez mental, o trastorno mental, en forma temporal o permanente.
2. El responsable sea pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil del niño, niña o adolescente.
3. El autor o partícipe sea un funcionario que preste servicios de salud o profesionales de la salud, servicio doméstico y guarderías.
4. El autor o partícipe sea una persona que tenga como función la protección y atención integral del niño, la niña o adolescente.

Artículo 7°. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo nuevo 188 D, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 188 D. Uso de menores de edad la comisión de delitos:

El que induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constreñimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas, incurrirá por este solo hecho, en prisión de diez (10) a diez y veinte (20) años.

El consentimiento dado por el menor de 18 años no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad si se trata de menor de 14 años de edad.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad en los mismos eventos agravación del artículo 188 C.

Como se ve, el artículo 188 D tipifica como delito el uso de menores de edad en la comisión de delitos, pero esto no implica que si además el menor es víctima de trata de personas, no se persiga a su tratante con las previsiones del artículo 188 A; igual situación ocurre con el reclutamiento forzado que algunos doctrinantes, de forma acertada, consideran como trata, figura ésta prevista en el Código colombiano como uno de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (art. 162), cuando se realiza dicha conducta sobre

niños, niñas y adolescentes, para que participen –de forma directa o indirecta– en las hostilidades o acciones armadas con ocasión de la situación de violencia.

Esa postura doctrinal es apoyada por la Organización Internacional para las Migraciones, OIM –Misión en Colombia– (Beltrán, 2006), cuando expone que

[d]e acuerdo con la Ley 985 de 2005, en la que la trata de personas se configura con el traslado y la explotación –en los casos en que se presente traslado de personas menores de dieciocho años con un fin de explotación vinculado a la situación de violencia– se está frente al delito de trata de personas.

Es importante resaltar que Colombia, desde el año 1980, tipificó la trata de mujeres y de menores en el Código Penal. Aunque entonces la figura punible estaba referida solo a víctimas que fueran mujeres y niños, dejando por fuera otras realidades que, al parecer, no eran tan notorias en esa época, referidas a la trata de hombres; esto fue solucionado mediante la Ley 360 de 1997 que hizo extensivo el delito de trata de personas a víctimas de ambos sexos, bien sean adultos, menores o de la tercera edad, al precisar que el sujeto pasivo de la trata son todas las personas. Con todo, ninguna de esas tipificaciones, ni la inicial ni la posterior, hacían referencia al fenómeno de la trata como se le concibe hoy sino solo a la eventualidad de que las personas tratadas tuvieran por destino el ejercicio de la prostitución.

Con la temprana tipificación de 1980, la primera en el tiempo de las tres legislaciones nacionales aquí comparadas, Colombia se erige como pionera y abanderada en las legislaciones iberoamericanas y en los instrumentos jurídicos internacionales y regionales revisados, al consagrar el delito de trata de personas, así en un principio se haya tipificado solo como conducta punible la realizada sobre mujeres y menores, y ya en 1997 se hubiera extendido a cualquier persona. Por supuesto, esto demuestra que en Colombia este flagelo atacaba a sus mujeres y niños desde épocas muy tempranas, antes de 1980, lo que obligó a tipificar esta conducta con el fin de sancionar a sus actores. La trata de seres humanos no es, pues, un delito de reciente surgimiento, sino que es un evento criminal que atenta contra los derechos del ser humano, que ocurre hace décadas y precede –por muchos años– a la toma de conciencia por parte de los Estados y su posterior consagración en instrumentos jurídicos internacionales, regionales o nacionales.

También, se debe exaltar la consagración constitucional de la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y de la trata de seres humanos en todas sus formas, cuando en el art. 17 la Constitución Política colombiana de 1991, se eleva a rango constitucional tal prohibición –dos años antes de la consagración constitucional peruana–. Con lo cual Colombia vuelve a liderar la prohibición de la trata de seres humanos en todas sus formas, erigiéndola como carta de navegación para cualquier legislación interna y para la creación e implantación de políticas estatales en contra de tal flagelo.

Así las cosas, toda esta temprana y prolífica legislación permite concluir que dicha legislación es pionera en la tipificación y el tratamiento del delito, y siempre

ha demostrado un ingente deseo por sancionar, prevenir y proteger a las víctimas de este flagelo, que de forma lastimosa golpea con dureza a las poblaciones menos favorecidas. No obstante, estos esfuerzos teóricos y legislativos no van acompañados con apoyos económicos significativos que ayuden a consolidar las políticas estatales frente a esta actividad criminal lesiva de los derechos humanos, en especial de la dignidad humana.

Algunas definiciones emitidas por otros organismos.

Luego de revisadas las nociones contenidas en los instrumentos estudiados, debe ahora hacerse un breve recorrido por las construcciones producto de diversos pronunciamientos originados en otras instituciones.

En efecto, para la Asociación para la Prevención, Reinserción y Atención de la Mujer Prostituida–APRAMP (Guerrero, s. f.), la trata de seres humanos:

[s]upone una transacción con la persona entendida como un objeto (la persona es el objeto de la transacción), que exige además de un movimiento –que puede ser lícito o ilícito– unos fines de explotación de las personas víctimas de la trata, explotación que puede ser sexual, laboral, esclavitud, servidumbre o extracción de órganos.

Así mismo, para la Agencia de la ONU para los Refugiados–ACNUR (s. f.), la trata

[c]onsiste en utilizar, en provecho propio y de un modo abusivo, las cualidades de una persona. Para que la explotación se haga efectiva los tratantes deben recurrir a la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas. Los medios para llevar a cabo estas acciones son la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad. Además se considera trata de personas la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas, la servidumbre o la extracción de órganos.

A su turno, *Save the Children* España (2008) precisa:

[u]n niño o niña víctima de trata es cualquier persona menor de 18 años que es captada, trasladada, escondida o recibida con fines de explotación desde dentro o fuera de un país; exista o no coacción, engaño, abuso de autoridad o cualquier otro tipo de abuso.

También, la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía (Navarro, s.f.), indica que:

Basados en la definición inicial de trata proporcionada por el Protocolo de Palermo, el propósito o resultado de explotación de niños y niñas puede incluir:

1. Explotación sexual (incluyendo la explotación por prostitución de otros u otras formas de explotación sexual – así como la pornografía y los matrimonios forzados).
2. Trabajos o servicios forzados.
3. Esclavitud o alguna práctica similar a la esclavitud, servilismo o
4. Extirpación de órganos.

Y continúa:

Es importante anotar que el Protocolo de Palermo no menciona específicamente el reclutamiento de niños para trabajos arriesgados o adopciones ilegales. De cualquier modo, de acuerdo con otros instrumentos legales internacionales vinculados, los Estados deben tomar acciones para detener el empleo de cualquier persona por debajo de los 18 años en trabajos arriesgados y la adopción que viole la ley internacional de adopción (respectivamente, la Convención de la OIT No.182 en la Prohibición y la Acción inmediata por la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Convención de la Haya sobre la Protección de niños y niñas y la Cooperación en relación a la Adopción entre diferentes Países).

Muchos niños y niñas son víctimas de trata en el mundo con fines de explotación sexual, adopción ilegal, utilización de los niños y niñas para pedir limosna, para cometer delitos menores y otras formas de trabajo forzoso.

Para la ONU (2000), la definición a usar es la establecida en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, en especial mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrito en Palermo en el año 2000, impulsado por tal organización y que fue examinado antes.

De igual forma, la UNICEF (2007), estima que la trata de personas

[e]s una forma multidimensional de explotación que implica diferentes tipos de explotación incluidas las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales, el trabajo forzoso, la servidumbre por deudas, la explotación de migrantes y trabajadores migratorios, la explotación laboral y sexual, la violencia y discriminación contra las mujeres y la explotación sexual, laboral y de otro tipo, de niños, niñas y adolescentes. Pero además la trata es en sí misma una forma de explotación. La trata de personas se produce en un escenario de circunstancias interrelacionadas que aumentan la vulnerabilidad de los individuos y crean las condiciones que propician que ocurra. Este escenario incluye diferentes dimensiones: la pobreza, la discriminación por razón de género, las situaciones de conflicto, las economías en transición, las violaciones de los derechos humanos, la corrupción, las políticas de migración, las condiciones del mercado laboral, la falta de ciudadanía y la demanda.

Pero, después, acoge como propio y desarrolla el concepto acuñado por el Protocolo de Palermo. A su turno, la OEA (OAS, por su sigla en inglés) (2005), propone una noción de trata de personas que, en su sentir, es adecuada para el derecho penal, al precisar que con la misma se establece con claridad la naturaleza del

crimen, evitando usar tantos elementos descriptivos y confusos. Por ello, la “trata de personas” significa “el reclutamiento, el transporte, la transferencia, acogida o el recibo de personas, por cualquier medio, para el trabajo o servicios forzado, la esclavitud, prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la remoción de órganos”.

También, pregona que:

[c]onforme a esta definición del derecho penal, se obtendría con mayor facilidad el enjuiciamiento y no se abrirían a procesos por imprecisión de parte de los demandados. La definición propuesta elimina la necesidad para demostrar que las amenazas, la coacción, el fraude, etc., son usadas para introducir a una persona en una situación de trata. El ‘medio’ para mover a alguien a una situación de trata no es importante, pero el proceso de movilizar gente de un lugar a otro para retenerlos, someterlos a trabajo forzados o a la esclavitud son esenciales en este crimen. Finalmente, la definición suprime todos los términos indefinidos y ambiguos, dejando sólo los crímenes que son definidos en la ley internacional y en la ley domestica de muchos países. La definición de derecho penal es bastante amplia para cubrir toda y cada forma de la trata - desde la trata para la mendicidad forzada o el trabajo doméstico hasta la trata en la prostitución o el trabajo agrícola forzado.

A su vez, el *Center for Human Rights & Humanitarian Law* de la *American University Washington College of Law* (2000), hace unas apreciaciones muy interesantes y brinda una construcción conceptual propia al precisar:

[l]a trata de personas es básicamente el movimiento de personas a situaciones donde son vulnerables a ser sometidas a trabajo forzoso, esclavitud, condiciones similares a la esclavitud, la servidumbre por deudas, u otro tipo de servidumbre. Los traficantes recurren a diferentes medios para obtener control sobre sus víctimas. Los más inteligentes no utilizan la fuerza, sino la manipulación psicológica para hacer creer a la persona que él o ella van simplemente a emigrar para realizar un trabajo, para casarse, o para asistir a la escuela. Otros traficantes acuden a técnicas de control o amenazas de cometer daño.

Incluso, el Informe sobre la trata de personas confeccionado por el Departamento de Estado de los EE.UU. (2011) contiene una definición de este fenómeno, así:

En los últimos 15 años, los términos “trata de personas” y “trata de seres humanos” se han usado como términos generales que definen las actividades en las que una persona obtiene o mantiene trabajos o servicios realizados por otra persona por medios forzosos. La Ley de Protección de las Víctimas de Trata del año 2000 (Ley pública 106-386), y sus enmiendas (TVPA, por sus siglas en inglés), y el Protocolo 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 (el Protocolo de Palermo) describen este servicio obligatorio con diversos términos diferentes, incluidos servidumbre involuntaria, esclavitud o prácticas similares, servidumbre por deudas y trabajo forzoso.

Según el Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo) y la TVPA, las personas pueden ser víctimas de la trata independientemente de si nacieron en condiciones de servidumbre o fueron trasladadas a la situación de explotación, ya sea porque alguna vez aceptaron trabajar para un tratante de personas, o por haber participado en un delito como consecuencia directa de ser víctimas de la trata. El núcleo de este fenómeno son las múltiples formas de esclavitud, no las actividades relacionadas con el traslado internacional.

Por su parte, en los Informes sobre la Trata de Personas efectuados por el Departamento de Estado de los EE.UU. (2012; 2013; 2014; 2015), se indica:

‘Trata de personas’, ‘trata de seres humanos’ y ‘esclavitud moderna’ son términos generales para referirse a los actos de reclutar, albergar, transportar, suministrar u obtener una persona para obligarla a realizar trabajos forzosos o actos de comercio sexual mediante el uso de fuerza, fraude o coacción.

La trata de personas puede incluir, pero no necesariamente, el traslado. Se puede considerar que una persona es víctima de trata independientemente de si nació en el estado de servidumbre, fue explotada en su propia ciudad, fue transportada a una situación de explotación, consintió previamente en trabajar para un tratante o participó en un delito como resultado directo de la trata. En el núcleo de este fenómeno está el objetivo del tratante de explotar y esclavizar a sus víctimas y la multitud de prácticas de coacción y engaño que utilizan para ello.

De igual forma, para la Fundación Camino a Casa (FCC), la trata de personas

[e]s comprendida como un acto que va contra la voluntad de la persona, donde la misma pierde la libertad de decisiones y esto puede ocurrir de manera legal o ilegal, las personas adultas, adolescentes y niños son engañadas y luego explotadas laboralmente y/o sexualmente.

Esta misma organización precisa que la explotación de un ser humano consiste en “[o]btener o utilizar en beneficio propio de forma abusiva, las cualidades, el trabajo, los servicios o el cuerpo de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera”.

Así las cosas, de todas las definiciones anteriores se puede concluir que, aunque hay nociones tanto doctrinarias como legales muy bien encaminadas y elaboradas, hay otras que permiten confeccionar tipos penales cerrados al hacer una descripción restrictiva de la trata de seres humanos, dejando por fuera situaciones o elementos claves, cuando no circunscribiéndola solo a algunos aspectos de la explotación, casi siempre referidos al aspecto sexual o laboral.

Por ende, puede afirmarse que la definición contenida en el art. 3° del Protocolo de Palermo constituye una gran construcción conceptual, amplia y comprensiva de múltiples eventos constitutivos de trata de personas, que se puede mantener actualizada, con pequeños ajustes, a las realidades cambiantes de este fenómeno, donde la legislación sobre el tema rápidamente se queda atrás con relación a las

nuevas invenciones y prácticas utilizadas por las organizaciones delincuenciales dedicadas a este flagelo.

La definición propuesta para el delito de trata de seres humanos.

Con base en lo estudiado (Castro, 2015. p. 41), debe formularse una noción que supere las falencias detectadas en las definiciones legales y doctrinarias estudiadas, con el humilde propósito de impulsar a los organismos internacionales, a los legisladores nacionales y a los doctrinantes, hacia el siguiente paso en los desarrollos doctrinarios y legales de esta actividad criminal. La redacción que se somete a debate es la siguiente:

Será penado como reo de trata de seres humanos el que en territorio nacional, desde territorio nacional, en tránsito por el territorio nacional o con destino al territorio nacional, promueva, induzca, constriña, facilite, financie, favorezca, colabore, coordine, oriente, asesore, participe, realice, ejecute por sí o por otra persona, ordene ejecutar o genere de alguna forma las condiciones propicias para desarrollar la captación, el reclutamiento, el transporte, el traslado al interior de un país o entre diversos países, la acogida, la recepción, la retención, el intercambio o la transferencia de control sobre seres humanos, recurriendo a cualquier forma de violencia, amenaza, intimidación, uso de la fuerza física o psicológica, uso de cualquier otro medio de presión, coacción o coerción, engaño, fraude, privación o restricción de la libertad, secuestro, raptó, abuso de poder, de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad, ofrecimiento, concesión o recepción de pagos o beneficios de cualquier índole, para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otro ser humano o posea control sobre la víctima, o mediante cualquier otro medio o forma, con el fin de obtener, directa o indirectamente, para sí o para un tercero, un provecho o beneficio de cualquier índole, con fines de explotación.

Esta explotación incluirá, como mínimo, la negociación de cualquier índole en donde se tenga como mercancía o bien negociable a un ser humano, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual incluyendo la pornografía, la imposición de trabajos o servicios forzados, la mendicidad, cualquier forma de explotación laboral, la esclavitud, las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, incluyendo la servidumbre por deudas o cualquier otra forma de servidumbre, la extracción de órganos o tejidos humanos, la explotación para realizar actividades delictivas, el matrimonio forzado o servil, el reclutamiento forzado, la adopción ilegal, la venta de niños, el embarazo forzado, el vientre en alquiler forzado, o cualquier otra forma de explotación.

El consentimiento de la víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados antes.

La realización de cualquiera de las actividades enunciadas cuya víctima sea un niño con fines de explotación se considerará como trata de seres humanos, incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados antes.

Por 'niño' se entenderá toda persona menor de 18 años.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la víctima no tenga otra alternativa que sea para ella real, accesible o aceptable, que someterse al abuso o explotación.

Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de derecho penal, la víctima de este delito quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de los medios utilizados para cometer la trata y que exista una adecuada proporcionalidad entre la situación en que se encontraba la víctima y el hecho criminal realizado. A su vez, las personas jurídicas serán consideradas responsables de la trata de seres humanos, cuando estas infracciones sean cometidas en su beneficio por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en su seno, basado en:

- a) un poder de representación de dicha persona jurídica;
- b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- c) una autoridad para ejercer control dentro de dicha persona jurídica.

También, serán consideradas responsables cuando la falta de supervisión o control por parte de una de las personas antes referidas, haga posible que una persona sometida a su autoridad cometa una de las infracciones contempladas como trata de seres humanos en beneficio de la persona jurídica. La responsabilidad de las personas jurídicas se entenderá sin perjuicio de las acciones penales que puedan emprenderse contra las personas físicas que sean autores, inductores, partícipes o cómplices de alguna de las infracciones establecidas como trata de seres humanos.

En relación con los castigos, dado que entran en la esfera propia de los estados soberanos, se plantea hacer una referencia expresa a que, con fines disuasorios, las penas y puciones sean tan fuertes y gravosas que con ellas los actores no permanezcan impunes; así mismo, los procesos de judicialización de los responsables deben ser tan eficientes y eficaces en su proceder, que eviten las demoras procesales innecesarias.

Conclusiones

La trata de seres humanos es una actividad criminal de gran relevancia mundial que, por su naturaleza pluriofensiva, vulnera de forma grave múltiples derechos de las víctimas inmediatas y de sus familias –víctimas secundarias–, entre los cuales se pueden citar los derechos humanos, la dignidad humana, la libertad en muchas de sus diversas modalidades, según el tipo de explotación –sexual, de locomoción, de escogencia de profesión o empleo, de disposición de su cuerpo–, el libre desarrollo de la personalidad, la indemnidad y el pudor sexuales, la vida, la honra, la libre autodeterminación, la salud física y mental, la seguridad laboral y la salud pública, etc.

Ahora, si la reflexión se centra en los dos ejes orientadores de este trabajo, se debe indicar que, frente al primero, el mismo se ocupa del nombre que se le da al

delito porque de él depende la forma como el estado debe asumir sus retos; en este sentido, la denominación ‘trata de seres humanos’ brinda una panorama de protección más amplio, al preservar todos los momentos de existencia de un miembro de la especie biológica humana, esto es, desde su concepción hasta su muerte, con lo cual se obvian discusiones sobre la aplicabilidad de este delito a ciertos casos en donde un ser humano, según el régimen legal del país de que se trate, aún no ha cumplido con todos los requisitos legales para ser reconocido como persona –titular de derechos y obligaciones– y, con ello, delimitar esas fronteras grises de forma apropiada, para evitar que los tratantes consigan impunidad en algunas de sus actividades delictivas, sobre todo si se hace referencia a situaciones como la trata de infantes, o de concebidos en el vientre materno, o de victimizar a una mujer con el fin de hacerla procrear obligatoriamente, entre otros muchos casos posibles.

El segundo eje sobre el que giró este trabajo tuvo un desarrollo más extenso, debido no solo a lo prolífico de los instrumentos jurídicos internacionales, regionales y nacionales que definen esta actividad criminal, sino a las diversas nociones doctrinales estudiadas. Para ello, se definieron las diversas clases de trata de seres humanos y se trabajaron los elementos constitutivos del delito, para lo cual se emplearon las definiciones contenidas en el “Protocolo 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” y, así, se revisaron los desarrollos de los elementos constitutivos mencionados, a saber: actividad, medios comisivos y finalidad de explotación.

También, se examinaron las diversas nociones contenidas en otros instrumentos jurídicos internacionales, regionales y nacionales, amén de las emitidas por otros organismos, para arribar a una propuesta con la cual se pretende suplir algunas fallencias detectadas por la doctrina y superar las llamadas zonas grises que generan una grave e indeseable impunidad a ciertos tratantes que aprovechan esas grietas legales, las cuales deben eliminarse al brindar una definición comprensiva de una pluralidad de realidades presentes y futuras de esta grave actividad delincencial.

Adicional a lo ya dicho, a los fines de este artículo académico se puede concluir que, transcurridos 16 años desde la publicación del Protocolo de Palermo, no todos los países han cumplido con sus obligaciones, pero, en la actualidad, con las descripciones típicas estudiadas de los tres países revisados, a saber, España, Colombia y Perú, se puede colegir que los mismos cumplen con algunas de las obligaciones emanadas del mismo. Sin embargo, es menester lograr que estos países velen por un cumplimiento efectivo de los mandatos del Protocolo, porque todo indica que se conforman con transponer sus postulados sin brindar unos desarrollos profundos o efectivos.

En muchos casos, como en el colombiano, el gobierno nacional se contenta con repetir –año a año– las mismas actuaciones frente a la trata de seres humanos y crea organismos sin recursos para actuar, como el Comité interinstitucional para la lucha contra la trata de personas, lo cual ha generado que la calificación dada

a Colombia por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, desde 2014, haya pasado de nivel 1: país que cumple plenamente con las normas mínimas para la eliminación de la trata de personas, al nivel 2: país que no cumple plenamente con las normas mínimas para la eliminación de la trata de personas, y esto bajo las impávidas miradas gubernamentales. Desde luego, esta calificación influye en el discurso teórico de protección inadecuada de las víctimas e impide que el Estado colombiano se beneficie de las ayudas del gobierno estadounidense.

Ahora bien, para entender de manera adecuada el delito de trata de seres humanos hay un gran camino que recorrer y se presenta un sinnúmero de desafíos (Castro, 2015), entre los que pueden mencionarse: 1. Es necesario sensibilizar a la sociedad en torno a las realidades a las cuales están expuestas las víctimas de trata y en torno a la realidad del delito de trata de seres humanos en sí mismo, todo ello con el fin de velar por la prevención del delito y, si esto falla, por lo menos, con propender por una detección temprana de los posibles casos de trata de seres humanos. 2. Se deben contrarrestar los esfuerzos de las organizaciones delincuenciales para aumentar sus redes de trata de seres humanos, las cuales invierten grandes sumas de dinero con la certeza de que podrán recuperar con creces tales inversiones, sin correr mayores riesgos, haciéndoles más onerosa su actividad delictual. 3. Debe brindarse un tratamiento integral a las víctimas, mediante políticas de protección, ayuda y tratamiento adecuado y efectivo, que propendan por una reintegración social completa con la cual puedan superar las graves secuelas que les haya dejado el ilícito al que fueron sometidas. 4. Debe trabajarse en la eliminación de los grandes mitos, estigmas y prejuicios tejidos en torno a la trata de seres humanos. 5. Es muy importante empoderar a las personas que están en situación de vulnerabilidad y podrían ser víctimas; igual debe hacerse con aquellas que son o fueron víctimas de este delito.

Adicional a lo anterior, es menester seguir la ruta que dibuja la doctrina especializada, basada en el estudio de las realidades que genera la ejecución típica del delito de trata de seres humanos, para profundizar en las realidades subyacentes de este delito y proponer políticas de eliminación de sus causas. No se puede pretender que las soluciones sean obtenidas de forma mágica desde la óptica del derecho penal, dado que este pretende sancionar conductas y desestimular su repetición, pero, para erradicar este flagelo, hay que atacar las causas detectadas por un trabajo serio y multidisciplinario; además, se deben mejorar las condiciones de las poblaciones con mayor riesgo y, sobre todo, es necesario empoderar a estas poblaciones y a las víctimas de este delito, para que puedan resistir a las tramas delictuales que pretenden captarlas o mantenerlas en un ciclo de explotación.

Por supuesto, es muy importante continuar con las investigaciones académicas y situacionales sobre este delito, en orden a conocer nuevas formas de trata y, por supuesto, mantenerse a la par de los desarrollos efectuados por los tratantes, para enfrentarlos con políticas públicas adecuadas y un manejo interdisciplinario que incluya el apoyo invaluable de las ONG, cuyo fin es la erradicación de este flagelo.

Referencias

- Acfilosofia. (s. f). *Ser Humano y Persona*. Recuperado de <http://www.acfilosofia.org/materialesmn/filosofia-y-ciudadania-3013/el-ser-humano-persona-y-sociedad/182-ser-humano-y-persona>
- Agencia de la ONU para los Refugiados – ACNUR. (s.f). *La Trata y el Tráfico de Personas*. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/que-hace/proteccion/trata-y-traffic-de-personas/>
- Alva, M. (2008). La Concepción de la Personalidad. *Psicología de la Personalidad*. Recuperado de <http://psicologiadelapersonalidad.blogspot.com.co/2008/03/la-concepcion-de-la-personalidad.html>.
- Beltrand, D. (2006). *Dimensiones de la Trata de Personas en Colombia*. Bogotá-Colombia: Panamericana Formas e Impresos S. A.
- Betancur, M. (2010). Persona y Máscara. *Revista Praxis Filosófica de la Universidad de Caldas*. Nueva serie (30), 127-143. Recuperado de <http://psicologiadelapersonalidad.blogspot.com.co/2008/03/la-concepcion-de-la-personalidad.html>.
- Cabanillas, A. (1993). Comentarios a los artículos 17 a 41. En M. Albadalejo; S. Díaz (Dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (T. I, 2 ed., Vol. 3). Madrid: Edersa.
- Castro, A. (s.f.). Los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes como nuevas formas de esclavitud del siglo XXI (Tesis doctoral inédita, Universidad de Granada España).
- Castro, A. (septiembre, 2015). El Delito de Trata de Personas: Una nueva forma de Esclavitud del Siglo XXI. Sensibilización global de la necesidad de Estrategias Internacionales efectivas para la para la Prevención y Promoción de tal Delito y la Protección, Asistencia, Apoyo y Tratamiento efectivo a las víctimas, que permita una ayuda adecuada y su reinserción social efectiva que les permita superar las secuelas que en ellas haya dejado el ilícito al que fueron sometidas. Trabajo presentado en el I Congreso Roraimense De Direitos Humanos E Direito Internacional Instituto De Ciencias Jurídicas (Icj)-Universidad Federal De Roraima. Cuaderno de Resumos, Año I, (1), 41 y ss. Recuperado de <http://ufrr.br/cdhdi/index.php/2015-07-14-14-38-29/caderno-de-resumos-do-i-congresso>
- Castro, A. (octubre, 2015). Las realidades y desafíos del tratamiento del delito de trata de seres humanos como una forma grave de violación de los derechos humanos, mediante la explotación sexual de mujeres y menores. Trabajo presentado en el Congreso Internacional On-Line: La Prostitución desde una Perspectiva de los Derechos Humanos: Nuevos Desafíos para el Siglo XXI, de la Universitat De Les Illes Balears. Recuperado de <http://www.uibcongres.org/prostitucion15/programa.es.html>, <http://www.uibcongres.org/prostitucion15/ponencia.es.html?mes=3&ordpon=25>

- Center for Human Rights & Humanitarian Law. (s. f). El Protocolo de la ONU sobre la Trata de Personas: Un Enfoque Imperfecto. Recuperado de <http://rightswork.org/wp-content/uploads/2011/09/Documento-de-Discusion-1.pdf>
- Código Civil (1887). Congreso de la República de Colombia. Colombia. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Comisión Europea. (2012). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones- Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012–2016) /* COM/2012/0286 final */. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52012DC0286>
- Comisión Interamericana de Mujeres -[CIM] de la Organización de Estados Americanos – OEA, Organización Internacional para las Migraciones –OIM, Instituto Nacional de Migración e Instituto Nacional de las Mujeres. (2006). *Trata de Personas – Aspectos Básicos*. México. Recuperado de <http://www.oas.org/atip/reports/trata.aspectos.basicos.pdf>
- Consejo Argentino para la Información y el Desarrollo de la Biotecnología. (s. f). *Proyecto genoma Humano*. Recuperado de <http://www.porquebiotecnologia.com.ar/index.php?action=cuaderno&opt=5&tipo=1¬e=55>
- Consejo de Europa. (2005). Convenio N° 197 del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos. Recuperado de http://www.acem.es/ficheros/documentos/pdf_trata/Convenio_Consejo_de_Europa.pdf
- Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos -[OEA]. Comisión de Seguridad Hemisférica. (2014) Resolución OEA/Ser.K/XXXIX.4 RTP-IV/doc.5/14 rev. 1 de 5 de diciembre de 2014. Recuperado de http://www.oas.org/dsp/espanol/cpo_trata_resoluciones.asp.
- Cruz, J. (2011). La noción de “persona” en la tradición clásica. Recuperado de <http://www.leynatural.es/2011/08/02/que-es-persona/>, también en <http://www.significados.com/persona/>.
- De Aránzazu, M. (2007, Julio). El Concepto de persona en el derecho civil ante una antropología dual. *Revista de Filosofía Thémata*, (39), 269-279. Recuperado de <http://institucional.us.es/revistas/themata/39/art34.pdf>
- Discovery Channel (2016). Trata de Mujeres: De Tenancingo a Nueva York. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=dN7Ur1uV6vo>.
- Fernández, P. (2012). Una aproximación práctica a la lucha contra la trata de seres humanos en España. En S. García y otra. *La Trata de Seres Humanos* (pp. 99-150). Madrid. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fernández, C. (s. f). ¿Qué es ser persona para el Derecho? Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú–DIKE. Recuperado de http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.PDF

- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF, Organización Internacional para las Migraciones –OIM. (2007). *Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes en México y América Central-Guía Normativa*. Recuperado de [http://www.unicef.org/lac/Guia_trataFINAL\(3\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Guia_trataFINAL(3).pdf). Panamá: Panamá
- Fundación Camino a Casa (FCC). Recuperado de <http://www.fcc.org.bo/index.php/men-proyectos/men-ninos/community-layout1383624625/120-la-trata-y- trafico-de-personas-es> , <http://www.fundacioncaminoacasa.org/> <http://www.fundacioncaminoacasa.org/interiores/info.html>.
- Global Rights. (2005). *Guía Anotada del Protocolo Completo de la ONU contra la Trata de Personas*. Recuperado de http://www.oas.org/atip/Reports/Annot_Prot_SPANISH.pdf.
- Guerrero, C. (s.f.). *Concepto de trata de seres humanos para la explotación sexual*. Recuperado de www.apramp.org
<http://www.apramp.org/noticia.asp?id=500>.
- Macanás, G. (2013). Efectos y Defectos del artículo 30 del Código Civil. Aspectos relativos a la muerte perinatal inmediata. *Revista para el Análisis del Derecho InDret*. (4), 5-42. Recuperado de www.indret.com http://www.indret.com/pdf/1009_es.pdf
- Navarro, L.; Alconada de los Santos, M. & Rubio, M. (s. f). *Materiales Formativos: Asilo y Protección Internacional. La Situación de las personas refugiadas*. Sevilla, España. Recuperado de http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/asilo_proteccion_internacional.pdf
- Organización de Estados Americanos –[OEA]. (1994). Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. México. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-57_Convencion_Interamericana_sobre_Trafico_Internacional_de_Menores.htm
- Organización de los Estados Americanos –[OEA] (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará. Brasil. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html>, también en <http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/SitePages/VerTratados.aspx?IDT=50dee301-4bbb-4e43-ad54-be6105d5271a>
- Organización de Naciones Unidas –[ONU]. (s.f). Human Trafficking. Recuperado de http://www.unodc.org/pdf/HT_GPATleaflet07_es.pdf y en <https://www.unodc.org/unodc/es/human-trafficking/index.html?ref=menuside>
- Organización de Naciones Unidas –[ONU]. (2009). Global Report on Trafficking in Persons. Recuperado de http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Global_Report_on_TIP.pdf
- Organización de Naciones Unidas –[ONU]. (2009). Informe Mundial sobre la Trata de Personas. Resumen ejecutivo. Recuperado de http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP_Executive_summaries.pdf

- Parlamento y Consejo de la Unión Europea. (2011). Directiva 2011/36/UE de 5 abril de 2011. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:Es:PDF>
- Pérez, E. (2008). *Tráfico de Personas e Inmigración Clandestina: Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*. España: Tirant lo Blanch.
- Ramírez, J. (2005). El Genoma y la División de Clases. Conversaciones con Jorge Halperín. *Revista de Economía Institucional*. 7(13). Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-59962005000200017
- Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la Lengua Española*. (s. f.) Edición Tricentenario. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=SjUIL8Z>.
- Reino de España. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Por el que se publica el Código Civil. BOE No. 206. Ministerio de Gracia y Justicia, julio de 1889. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>
- Reino de España. Ley 20 de 2011, de Registro Civil. BOE No. 175. Jefatura de Estado, julio de 2011.
- República del Perú. Decreto Legislativo 295 de 1984. Código Civil. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, julio de 1984. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>
- República del Perú. Sentencia 1486-2007 (2008, julio 18). Casación. Considerandos 17 y 18. Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia.
- Save the Children España. (2008). Conclusiones y aportaciones desde las instituciones y ONGs participantes. Trabajo presentado en el Congreso Internacional "Trata de Niños y Niñas. Cómo Promover la Identificación y la Protección de las Víctimas". Madrid. Recuperado de https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/trata_como_promover_la_identificacion_y_la_proteccion_de_las_victimas_0.pdf
- U. S. Department of State-Departamento de Estado de EE.UU. (2011). *Trafficking in Persons Report*. Recuperado de <http://www.state.gov/documents/organization/167348.pdf>
- U.S. Department of State-Departamento de Estado de EE.UU. (2012, 2013, 2014 y 2015) *Trafficking in Persons Report*. Recuperado de <http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/>; <http://www.state.gov/documents/organization/192587.pdf>; <http://www.state.gov/documents/organization/210737.pdf>; <http://www.state.gov/documents/organization/226844.pdf>; <http://www.state.gov/documents/organization/245365.pdf>;
- Vela, J (2005). Orígenes de la Palabra Personalidad. *Citas con el Psicólogo* [Mensaje en un blog]. Recuperado de <http://consultandoalpsicologo.blogspot.com.co/2014/09/origenes-de-la-palabra-personalidad.html>.

LA MEDIACIÓN PENAL COMO PROGRAMA DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO*

CRIMINAL MEDIATION AS A RESTORATIVE JUSTICE PROGRAM IN THE COLOMBIAN CRIMINAL PROCEDURE

*Andrea Catalina Lobo Romero***

Resumen

La Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal, incluyó en su Libro VI lo relativo a la justicia restaurativa y señaló, en el art. 521, que sus mecanismos son la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación. Este estudio se centra en esta última, pues, aunque el estatuto procesal penal le encargó a la Fiscalía General de la Nación expedir un manual que la desarrollara, más de diez años después de la entrada en vigencia de la norma, esta tarea no se ha cumplido plenamente. La sección doce del Manual de Procedimientos de Fiscalía (2006), si bien se aproxima a ello, no incluye la totalidad de los elementos exigidos por el art. 527 de la Ley 906 de 2004. En la práctica, el uso de la mediación es escaso por parte de los actores del sistema, lo cual limita la aplicación de la justicia restaurativa en materia penal en Colombia. Este artículo expone los principios de la justicia restaurativa, los elementos procesales de la mediación penal señalados por el legislador y, en el mismo, se hacen algunas propuestas en torno a la capacitación de los mediadores en el ordenamiento procesal penal nacional; en este orden de ideas, arroja luces sobre cómo puede desarrollarse de manera efectiva este tipo de justicia en asuntos penales.

Palabras claves

Conflictos derivados del delito. Justicia restaurativa, Manual de mediación, mediación penal, procedimiento penal colombiano.

Abstract

Law 906 of 2004, current Colombian Code of Criminal Procedure, included in its Book VI the one related to the restorative justice and indicated, in art. 521, that its mechanisms are the pre-procedural conciliation, the conciliation

* Trabajo presentado para optar al título de Maestra en Derecho, de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.

** Abogada, Maestra en Derecho, Psicóloga Jurídica y Forense.

in the integral reparation incident and the mediation. This study focuses on the latter, since, although the criminal procedural statute ordered the Attorney General's Office to issue a manual to develop it, ten years after the entry into force of the rule, this task has not been fully implemented. Section twelve of the Manual of Procedures of the Prosecutor's Office (2006), although approaching it, does not include all the elements required by art. 527 of Law 906 of 2004. In practice, the use of mediation is scarce by the actors of the system, which limits the application of restorative justice in criminal matters in Colombia. This article exposes the principles of restorative justice, the procedural elements of criminal mediation pointed out by the legislator and, in the same, some proposals are made concerning the training of mediators in the Colombian criminal procedure; In this order of departure, sheds light on how this type of justice in criminal matters can be effectively developed.

Keywords

Criminal mediation, Colombian criminal procedure, conflicts derived from crime, Manual of mediation, Restorative justice.

Introducción

La inclusión de un título denominado 'Justicia Restaurativa' en la Ley 906 de 2004, refleja la intención del legislador de admitir unos elementos distintos a los tradicionalmente aplicados en la resolución de los conflictos derivados de la comisión de un delito o, lo que sería mejor, de aplicar una justicia distinta de la retributiva (Moya & Reyes, s. f.). Así mismo, reconoce la importancia de las víctimas y de la comunidad dentro de este proceso y admite que, aparte de la consecuencia perjudicial y gravosa de aplicar la fuerza del derecho, puede haber una consecuencia terapéutica o sanadora (Wexler & Winick, 2005); solo ello explica que el Código de Procedimiento Penal (CPP) señale que "son mecanismos de Justicia Restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación" (art. 521), permitiendo que la justicia restaurativa se materialice por diferentes vías.

Pese a ello, en el caso de la mediación penal, la figura no ha tenido el alcance esperado; su aplicación impresiona por ser poca, pero tal situación se explica si se tiene en cuenta, entre otras razones, que la Fiscalía General de la Nación tenía la misión de construir un manual que la desarrollara y, sin embargo, más de diez años después de la entrada en vigencia la norma respectiva, esta tarea se ha cumplido tan solo parcialmente, pues el Manual de Procedimientos de la Fiscalía del año 2006, con el cual se quiso dar cumplimiento a lo previsto en el art. 527 CPP, no incluye la manera en que debe hacerse la capacitación y la evaluación de los mediadores y las reglas de conducta relativas al funcionamiento de la figura se limitan a ciertos aspectos. Si a esto se suma que, desde el punto de vista procesal, se advierten obstáculos que dificultan su aplicación, las posibilidades de ponerla en práctica son cada vez más remotas y ello impide hacer efectiva la justicia restaurativa en el tratamiento de la criminalidad.

Es preciso destacar que el art. 518 CPP acogió las definiciones dadas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través de la Oficina para las Drogas

y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) (2006), que define los programas de justicia restaurativa, así:

[t]odo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado (ofensor) participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador (p. 6).

A renglón seguido, indica que un resultado restaurativo es

[e]l acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad (p. 7).

La referencia a la justicia restaurativa hecha por la Ley 906 de 2004 es un buen comienzo para su introducción en el país, pero en ningún caso debe entenderse como un texto acabado, pues, si bien esta última no compite ni niega la retribución (Zehr, 2007), aún falta bastante para que en Colombia se combata el delito desde una perspectiva incluyente, reparadora e integral, que comprenda que las necesidades de las víctimas y de la sociedad en su conjunto van más allá de las indemnizaciones pecuniarias y que los ofensores necesitan mucho más que castigos (Martínez & Sánchez, 2011).

Este artículo analiza y describe los componentes jurídico-procesales de la mediación penal, en orden a establecer si los presupuestos bajo los cuales fue concebida, se ajustan a los principios de la justicia restaurativa o la hacen viable. En este sentido, se pretende dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿qué es la mediación penal?, ¿cuáles son sus características procesales en Colombia?, ¿riñe con los fines del proceso penal al ocuparse de asuntos que exceden el *ius puniendi*?, ¿sus requisitos procesales permiten alcanzar la justicia restaurativa?, y ¿quiénes deben ser mediadores para que se cumplan sus fines?

Para absolver los interrogantes planteados, en primer lugar, se hace una descripción de la justicia restaurativa y su filosofía. En un segundo momento, se estudia la figura de la mediación a la luz de las características que se le han otorgado dentro del proceso penal colombiano y la escasa jurisprudencia existente sobre la materia. Para culminar, se ofrece una propuesta relativa al perfil de los mediadores y las temáticas en las que han de encontrarse capacitados.

La investigación se desarrolló siguiendo una metodología analítica-deductiva de las diferentes fuentes de estudio, teniendo como referente el marco normativo en el que la ley procesal ubica la figura.

La justicia restaurativa: definición, origen y características

La justicia restaurativa es una teoría sobre la justicia que nació en contraposición a otras ideas sobre lo justo, las cuales consideran que, ante la presencia del

delito, lo importante es ocuparse del delincuente. Es así como se hablaba de justicia vindicativa para hacer referencia al modelo de justicia que imperó bajo la denominada Ley del talión (del latín *talis* que significa idéntico o semejante), la cual sugería que, ante los agravios, era preciso cobrar venganza; en este caso, no se trataba de una pena equivalente sino de una pena idéntica que el ofendido podía inferir a su ofensor.

Al menos en el plano teórico, las sociedades entendieron que tal forma de administrar justicia era impensable en una organización civilizada, razón por la cual el concepto de justicia vindicativa cedió el paso a una considerada más benevolente: la retributiva, que compaginaba muy bien con los defensores del Estado moderno y su exclusiva potestad para el ejercicio de la acción penal y la imposición de sanciones (Morandé, 2000). Con esta perspectiva, los particulares no pueden tomar la justicia por su propia mano, como ocurre con las vindictas o venganzas, y el Estado es el ente autorizado para causar al victimario un dolor que pague su deuda con la sociedad a quien el Estado representa (Beristain, 1998; Díaz, 2013).

La retribución que el Estado le daba al delincuente se consideraba una respuesta moralmente aceptable a la falta cometida, con independencia de que esta medida produjera o no beneficios y/o perjuicios palpables. Aunque el retribucionismo logró un mayor grado de humanidad en la sanción o el escarnio del delincuente, no dejó de orientar la materialización de la justicia a este último, con el olvido de quien había sido afectado en forma directa con el crimen: la víctima (Beristain, 1998).

De manera paralela a lo planteado por Beristain (1998), se esgrimen teorías como la de la llamada ‘ventana de la disciplina social’, la cual define cuatro enfoques para la reglamentación de la conducta, a saber: punitivo, permisivo, negligente y restaurativo (McCold & Wachtel, 2003). Según este modelo, la restaurativa es la mejor opción en lo que a la aplicación de la justicia se refiere, pues es el único enfoque que guarda un sano equilibrio entre el control estatal y el apoyo prestado a las partes en conflicto. Lo cual, significa que se toman medidas de contención frente al delito, se le considera una conducta reprochable e indeseada dentro del marco de la vida social y, por ello, se atiende una vez ocurre, pero sin que ello implique una calificación de desvalor respecto de la persona del ofensor, una etiqueta como delincuente o un desconocimiento de sus derechos; por el contrario, se le reconoce su papel central en la resolución del conflicto y se le invita a participar de un “compromiso cooperativo” (McCold & Wachtel, 2003).

Diferentes autores (Umbreit y Coates, 2000; Strang, 2002; Zehr, 2007; Beck, Kropf, & Leonard, 2011) coinciden en señalar que los orígenes de la justicia restaurativa son difusos; pese a ello, señalan como hito histórico, por una parte, la sentencia dictada por el juez Barry Stuart, en Ontario –Canadá–, en 1974, que exigió restaurar a las víctimas de los actos vandálicos cometidos por dos adolescentes. Por otra parte, Hudson (2012), indica que los programas de justicia restaurativa se originaron en 1972 en el Centro de Restitución de Minnesota (MRC), con la aparición de

la resolución de conflictos como disciplina científica, aunque en su momento se le denominara de otra manera. A su turno, Bustos & Larrauri (2000), Rojas (2009), Bernal & Molina (2011) y Díaz (2013), le dan crédito al movimiento victimológico internacional surgido en la postguerra, afirmando que fueron las víctimas quienes advirtieron, en su afán por reivindicar su posición, la urgencia de cambiar las maneras de atender la criminalidad.

En todo caso, creer que lo restaurativo, como fin de la justicia, es una concepción moderna, es una idea bastante alejada de la realidad si se tiene en cuenta que se ha atribuido a culturas aborígenes, como las Maorí en Nueva Zelanda o los indígenas navajos de EE.UU., con sus Tribunales del Pacificador, prácticas comunitarias que entendían que la resolución de conflictos solo era posible cuando se convocaba a todos los involucrados y centraban su atención en la reparación del daño causado y no en el castigo del ofensor (Rojas, 2009; Hernández, 2011). Dentro de este recuento no pueden desconocerse las prácticas restaurativas de los indígenas colombianos, a quienes, por esta misma razón, se les reconoce una jurisdicción especial (Rojas, 2009).

La historia muestra que no se trata de un sistema nuevo de administración de justicia sino que guarda relación con el control social comunitario o que las mismas sociedades establecen como forma de autorregulación (Olson, 2001; Galain, 2010); eso sí, distinta a la idea de justicia que se tiene en los procedimientos judiciales de la justicia ordinaria, donde los presupuestos del conflicto dependen de referentes objetivos, derivados de principios jurídicos como el de legalidad, y la solución depende de un tercero (Atienza, 2001).

La justicia restaurativa, en palabras de Zehr (2007), es un movimiento o enfoque que surgió en un esfuerzo por atender las necesidades que el proceso penal tradicional no podía; por ello, Rojas (2009) la considera una filosofía o un paradigma sobre la justicia. Dentro de las dificultades que reportan los procesos penales tradicionales se encuentran: la de restaurar los malos tratos sufridos por las víctimas, a quienes, por no recibir una consideración y atención especiales, se les ocasionan nuevos traumas –victimización secundaria o revictimización (ONU, 2006)–; la ‘desresponsabilización’ del ofensor debido a la devaluación de la verdad durante el proceso; la violencia institucional que le impide al agresor generar empatía hacia la víctima y los efectos de la prisionalización que alejan al condenado de la resocialización, por nombrar algunos (Martínez & Sánchez, 2011). La justicia restaurativa, entonces, incluye a otros que no son parte ni intervinientes en el proceso común y, en este sentido, se erige como una filosofía conformada por un conjunto de principios y preguntas guía que proporcionan un esquema de pensamiento diferente para abordar el delito.

Para Sampedro (2003), la justicia restaurativa representa, además, una manera de determinar el éxito de la administración de justicia, pero no por el número de castigos impuestos a los delincuentes, sino por el grado de reparación del daño causado a las víctimas y a la comunidad. Así las cosas, la justicia restaurativa com-

porta una visión de justicia que implica involucrar a las víctimas, los ofensores y la comunidad en la solución del conflicto y la restauración del daño causado; convoca a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, para identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de aquella, con el propósito de sanar y enmendarlos de la mejor manera posible. En este mismo sentido la definen Márquez (2007), Domingo de la Fuente (2008), Rojas (2009), Bernal & Molina (2010), Britto (2010), Etxebarria (2011), Castañer (2011), Díaz (2013) y Mazo (2013).

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2006), reconoce que muchos países, a raíz de la insatisfacción y la frustración frente a sus sistemas de justicia tradicionales, optaron por fortalecer las prácticas del derecho consuetudinario llamando a los directamente afectados y a la comunidad cercana a estos para que participaran de la resolución de los conflictos y la gestión de sus efectos. Afirma que “los programas de Justicia Restaurativa se basan en la creencia de que las partes de un conflicto deben estar activamente involucradas para resolver y mitigar sus consecuencias negativas” (p. 5).

Todos estos planteamientos suponen la inclusión de formas nuevas en el abordaje del fenómeno delictivo y respuestas diferentes a las que de forma tradicional se ofrecen con el proceso penal, enfocado en la persona del ofensor y la imposición de sanciones, antes que en reconocer, reparar y restaurar, a las víctimas del hecho criminal y en comprender que el delito afecta a la sociedad, a la cual el delincuente habrá de retornar en algún momento.

La definición de justicia restaurativa mencionada guarda correspondencia con lo planteado por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-979 de 2005, en la cual reconoce que el sistema penal presenta disfuncionalidades basadas en la inequidad que hacen necesaria la introducción de métodos alternativos y la define así:

[1]La Justicia Restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario.

Las premisas que sustentan la existencia de la justicia restaurativa se basan en que el delito es un acto dañino que afecta a las personas y a las relaciones interpersonales, es decir, no parte de su entendimiento como una conducta típica, anti-jurídica y culpable. Para el modelo en comento, toda ofensa conlleva obligaciones para quien la causa y la principal de ellas es la de reparar el daño ocasionado. Por ello, su interés se vuelca en el daño a las personas y a las comunidades y en las necesidades asociadas a ello, e intenta que el ofensor comprenda las consecuencias de sus acciones y enmiende el daño, y que las comunidades también entiendan que tienen obligaciones, la primera de las cuales es prevenir la aparición del delito y reaccionar cuando el mismo se presenta.

Así las cosas, los autores afirman que no puede hablarse de justicia restaurativa si no se cumplen las siguientes condiciones: (1) una aceptación de responsabilidad por parte del ofensor, como producto de la comprensión de lo lesivo de su conducta; (2) una ampliación del círculo de los interesados (víctima, ofensor, comunidad y Estado) en donde se promueve el compromiso y la participación, por cuanto cada involucrado juega un papel activo y decide sobre cómo se hace justicia; y (3) se logra una reparación directa o simbólica (Zehr, 2007; UNODC, 2006; Britto, 2010).

Para hacer esto posible, la víctima y el ofensor han de ser identificables y deben desear participar de manera voluntaria en esta forma de resolución del conflicto. Algunas de estas características fueron recogidas por el legislador colombiano en el art. 519 CPP, donde se indica que se requiere el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo, por lo cual quedan facultados para retirarlo en cualquier momento; advierte, además, que la participación del ofensor no se utiliza como prueba de la admisión de su culpabilidad en procesos ulteriores, o que el incumplimiento del acuerdo no puede emplearse como fundamento para la condena o la agravación de la pena (art. 519, numerales 1, 3 y 4). A lo anterior debe añadirse que los acuerdos alcanzados han de contener obligaciones razonables y proporcionadas al daño ocasionado (art. 519, numeral 2).

Cuando se afirma que la justicia restaurativa aparece, en el marco del derecho punitivo, para satisfacer una serie de necesidades desatendidas por el proceso penal, no significa que lo restaurativo niegue o desconozca la retribución (Zehr, 2007; Bernal & Molina, 2010), pues, como se indicó, un pilar fundamental de lo restaurativo es que las ofensas comportan obligaciones y se busca que víctima y ofensor queden satisfechos con la manera como se resuelve el conflicto. Por ello, no puede afirmarse que la justicia restaurativa sea una manifestación del abolicionismo que pregona una supresión del concepto de delito (Bianchi, 1975; Mathiesen, Christie & Hulsman, 1992), pues este último es, en realidad, un presupuesto para la actividad restaurativa.

De no aceptar la coexistencia entre la justicia restaurativa y los procesos coercitivos, sostiene Díaz (2010), la primera quedaría siempre relegada a una justicia marginal dentro de los sistemas de justicia criminal formales; eso no significa, sin embargo, que tal integración sea sencilla, pues es preciso hallar maneras de conjugarlas sin que se traicionen los principios y valores restaurativos.

Para Rojas (2009), la justicia restaurativa mira sobre todo al futuro, pero sin olvidar el pasado (acción). Estos principios, valga la pena aclarar, toman distancia de la resolución de conflictos en los términos planteados por autores como Winslade, (2013), Cobb (2013), Bush & Folger (2006), Ury, Fisher & Patton (1995), quienes tienen una concepción no jerárquica de los encuentros, por lo tanto no directiva, que no emite juicios de valor; y, en su lugar, ubica a las partes en igualdad de condiciones, sin rótulos o ideas preconcebidas, para que sean estas quienes definan en qué consiste el conflicto sin ser coaccionadas de ninguna manera.

Otra precisión importante hace referencia a que la justicia restaurativa propende por una reparación integral o en sentido amplio, esto es, que más que una indemnización de los daños causados a la víctima –lo que se logra con el incidente de reparación o las acciones civiles derivadas del delito–, obliga a garantizar un cambio sustancial en las interacciones entre víctima, ofensor y sociedad, para lo cual el diálogo entre ellos es imprescindible y en donde caben otras formas de resarcimiento como el pedimento de disculpas o perdón, o la realización o abstención de ciertas conductas a favor de la víctima o la comunidad (Martínez & Sánchez, 2011).

A todas luces, la puesta en práctica de estas estrategias sugiere flexibilidad en los procedimientos y, por ello, no puede hablarse de un ‘debido proceso’ en los términos de la justicia tradicional, pues los procedimientos están en constante reinención y ajuste. La justicia restaurativa no parte, como el proceso judicial, de la presunción de inocencia, por el contrario, asume la aceptación de responsabilidad de los involucrados en el hecho que se espera superar. Existen, pues, falsas concepciones frente a los alcances que se le atribuyen al concepto examinado, por ejemplo, el de considerar que la justicia restaurativa solo se aplica en casos de delitos bagatela o en punto del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, donde, de verdad, ha logrado importantes avances (Morris & Maxwell, 1996; Rojas, 2009; Rodríguez, 2012). Creencias como las antedichas desconocen que la justicia restaurativa se afina en el encuentro, la reparación, la reintegración y la inclusión como valores o notas esenciales (Zehr, 2007; Van & Heetderks, 2015) y que, en definitiva, se trata de una justicia comunitaria que no puede equipararse a la de los jueces, a la tradicional del derecho.

La mediación en la Ley 906 de 2004

De acuerdo con la UNODC (2006), la mediación víctima-ofensor fue una de las primeras estrategias o programas de justicia restaurativa en ser aplicados en el mundo y se caracteriza porque se atiende las necesidades de las víctimas a partir del reconocimiento de la responsabilidad por parte de quien las ha perjudicado.

En el plano internacional, tiene cabida antes y después de la sentencia, o en los dos eventos dentro de un mismo caso. Cuando se lleva a cabo antes de la sentencia, por lo general es para que tenga efecto sobre esta; mientras que, cuando se efectúa en un escenario posterior, el efecto directo es sobre el proceso de rehabilitación y reinserción social. La recomendación principal versa sobre la posibilidad del encuentro cara a cara, con el propósito de que las partes en conflicto manifiesten sus sentimientos y redefinan la situación, gracias a la intervención de un mediador capacitado para ello, quien, casi siempre, genera una serie de encuentros individuales previos, de manera tal que se minimice el riesgo de revictimización. Esto no descarta la posibilidad de la llamada ‘mediación indirecta’, en la que el encuentro de la víctima y el ofensor nunca se lleva a cabo.

Para la UNODC (2006), la mediación exige como prerrequisitos básicos los siguientes: que el ofensor acepte o, por lo menos, no niegue su responsabilidad en el delito; que tanto la víctima como el ofensor deseen participar de esta forma de en-

cuentro restaurativo y que ambas partes reflexionen acerca de cuán seguro es para ellos participar del proceso, lo cual presupone que estén bien informadas sobre el mismo y sus alcances. Una de sus ventajas es que las víctimas tienen la oportunidad de manifestar a su ofensor la manera en que el delito les afectó y obtener de él la información que consideren necesaria. El objetivo es que la mediación provoque reparación y compense, en cierta forma, las pérdidas que las víctimas han experimentado. En EE.UU., existen más de 300 programas de esta naturaleza y hay más de 500 en Europa; las investigaciones reflejan que, comparados con la vía judicial, estas estrategias generan una mayor satisfacción en las víctimas, mayor probabilidad de que los ofensores cumplan sus obligaciones de restitución y menor índice de delincuencia en las regiones donde se aplican (Domingo De la Fuente, 2008).

Si se parte de la base de que a la mediación penal le resultan aplicables todas las características de la justicia restaurativa ya vistas, por ser una estrategia derivada de ella, ella es, en palabras de Martínez & Sánchez (2011), un movimiento social, una filosofía que recoge inquietudes muy diversas y que tiene que ver con la forma en que las sociedades reaccionan frente al delito. Estas autoras hacen referencia al “encuentro entre víctima y autor del delito, que tiene lugar con el fin de que ambas partes, a través del diálogo, lleguen a un acuerdo sobre cómo reparar el daño inferido y resolver el conflicto” (p. 58), conducidas por una persona imparcial llamada mediador. En similar sentido, el art. 523 CPP afirma que es

[u]n mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

Desde luego, es muy afortunada la redacción del artículo de no ser porque definió a la mediación como un ‘mecanismo’, con las dificultades que implica darle el mismo trato que han tenido los llamados ‘Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (M.A.S.C.)’, implantados en la Ley 23 de 1991, derogada por la Ley 446 de 1998. La mediación no es uno de tales mecanismos; no debe serlo, no porque no resuelva conflictos, sino porque se corre el riesgo de considerarla como un medio práctico para la consecución de un fin. En otras palabras, la mediación no debe ser asumida como un M.A.S.C., justamente por el carácter alternativo a la justicia tradicional que de ellos se predica.

En el caso colombiano, los mecanismos ‘alternativos’ surgieron para descongestionar los despachos judiciales y no a causa de una verdadera apuesta por una política criminal transformadora o debido a una revolucionaria concepción de la justicia (Departamento Nacional de Planeación [DNP], 2015). Peña (2012), advierte como contraproducente asumir estas estrategias como mecanismos alternativos, pues ello significaría que son formas de “resolver conflictos de segunda categoría”, dejando la sensación de que es una justicia “de segunda”, “privada”, “para pobres” o en “casos de poca monta” o para “conflictos menores”, con lo cual refuerza la idea de que el proceso penal es el de verdad efectivo para los litigios importantes,

públicos y en los que están en juego altas sumas de dinero. Para el mismo autor, otro problema de la alternatividad radica en que los recursos y esfuerzos se destinan a lo considerado principal o importante: el proceso judicial tradicional. Lo alternativo sigue a lo principal, de allí que, a las estrategias de resolución de conflictos como la conciliación, la mediación, el arbitraje o la amigable composición, se les hayan incorporado figuras y procedimientos propios del derecho, incoherentes con los fines perseguidos por la justicia restaurativa o la resolución de conflictos.

En ese orden de ideas, la mediación y la conciliación, desde la perspectiva de la justicia restaurativa y de la resolución de conflictos como disciplina, habrán de ser PRC (Programas de Resolución de Conflictos) o ERC (Estrategias de Resolución de Conflictos), pero no, Mecanismos Alternativos (M.A.S.C.). Los M.A.S.C. tienen infinitas bondades, pero la tradición jurídica colombiana los ha relegado y los ha convertido en simples instrumentos (mecanismos) al servicio de la justicia tradicional y, por lo tanto, los ha atado al derecho, con lo cual se olvida lo planteado en su momento en la Sentencia del 15 de diciembre de 1948: “es mejor procurar un entendimiento que litigar”. Además, la mediación y la conciliación no pueden supeditar su aplicación solo en la medida en que favorecen aspectos procesales de la administración de justicia, (como el caso del requisito de procedibilidad que se predica de la conciliación en delitos querellables), sino que debe reconocerse en ellos su importancia, valor y poder en el tratamiento de conflictos.

Hechas estas precisiones, la esencia de la mediación radica, como lo sostienen Martínez y Sánchez (2011), en el “empoderamiento de las partes para que, a través del diálogo, puedan llegar a un acuerdo sobre la manera adecuada de reparar el daño causado con el delito”. El reto consiste, entonces, en equilibrar las fuerzas entre la víctima y su ofensor, a través de la intervención del mediador, quien, a su vez, debe contribuir a que se delimite con suficiencia el conflicto objeto del debate, lo cual no equivale a afirmar que la mediación debe determinar los hechos objeto del proceso penal convencional, sino ofrecer una respuesta a ellos.

El mediador en la Ley 906 de 2004 y su elección por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Al describir la mediación, el CPP afirma que el tercero neutral, llamado mediador, puede ser un particular o un servidor público, designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado. El Manual de Procedimientos de Fiscalía (2006), indicó:

Conformación de listas de mediadores elegibles: El Jefe de Unidad de Fiscalías conformará la lista de mediadores, de acuerdo con las necesidades del servicio, la disponibilidad del recurso humano y la capacitación que tengan en medios alternativos de solución de conflictos; esta lista debe mantenerla actualizada. En los lugares donde existe más de una Unidad de Fiscalías, los jefes de unidad, conjuntamente, elaborarán la correspondiente lista (p. 216).

Según ese texto, estas listas debían elaborarse cada dos años y estar integradas por servidores públicos que, pese a ser funcionarios de la entidad, no podían

ser fiscales. En cuanto a los particulares, la misión se encomendó a miembros de centros de conciliación, consultorios jurídicos, practicantes universitarios, colegios de abogados, organizaciones no gubernamentales (ONG) y otros capacitados en medios alternativos de solución de conflictos. La institución asumió la responsabilidad de examinar de manera constante la manera en que la labor se adelantaría y advirtió la iniciación de procesos disciplinarios a los mediadores que no cumplieran su labor como corresponde, de forma semejante al tratamiento dado en el país a la conciliación.

Una vez conformadas las listas, la Fiscalía estableció que de ellas se obtendría al mediador, quien, una vez notificado y con base en un reparto equitativo, habría de plantear los impedimentos o inhabilidades para acoger el encargo, cuyo estudio realizaría el fiscal de conocimiento. Según se dispuso, las partes podían rechazar la designación de manera fundada, caso en el cual se dispone una nueva designación; también, se acepta que sean los interesados quienes propongan al mediador. Hecha la designación, esta se notifica por cualquier medio idóneo, con inclusión de la fecha y hora programadas para la diligencia, y el mediador tiene cinco días para pronunciarse acerca de la aceptación del encargo, so pena de ser reemplazado e, incluso, excluido de la lista.

Aunque resulta comprensible que el legislador quisiera dejar en una entidad pública la reglamentación de esta figura y el encargo de definir quiénes habrían de ser los mediadores, la falta de apropiación de los principios restaurativos y de la resolución de conflictos llevaron a que, en la práctica, fueran funcionarios adscritos a los mismos despachos fiscales del proceso penal en curso, quienes terminaran fungiendo como mediadores en las estrategias restaurativas alcanzadas por esta vía. Así lo manifestaron algunos fiscales consultados para la realización de esta investigación (comunicación personal, 2 de noviembre de 2015), lo que desdibuja la intención de que este tercero facilitador sea una persona neutral al conflicto que las partes enfrentan.

Para garantizarlo, el papel de mediador debe recaer en personas ajenas al sistema y a cualquier interés en el ejercicio de la justicia tradicional, pues solo así se garantiza que lo debatido tome distancia del proceso penal y se cumplan sus fines.

Asuntos que pueden tratarse en la mediación.

En palabras del legislador, la mediación puede referirse a “la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón” (art. 523 CPP). Nótese que los asuntos objeto de mediación se refieren a compromisos u obligaciones que el ofensor adquiere con ocasión del hecho dañoso, lo que pone de manifiesto lo señalado internacionalmente, en torno al reconocimiento de la responsabilidad por parte del procesado como presupuesto para los programas restaurativos (Zehr, 2007).

De otro lado, representa un acierto incluir cuestiones que nada tienen que ver con aspectos indemnizatorios o pecuniarios, aunque, por supuesto, estos también sean posibles y hayan quedado recogidos al hablar de reparación, resarcimiento o restitución de los perjuicios, pues, de otra manera, no se explica que una vez realizada, excluya la posibilidad de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral. La tendencia del derecho a concebir lo reparador desde lo pecuniario puede constituir una de las razones que desestimen el empleo de la figura, toda vez que existen otras formas de consecución indemnizatoria que gozan de mayor aceptación y cuyo empleo resulta más familiar (Martínez & Sánchez, 2011; Saray, 2013). Ejemplo de ello, son afirmaciones como la de Junco (2007):

Si no se llegó a un acuerdo [...] la actuación adelantada ante el mediador no tiene ninguna relevancia en el proceso mismo ni en la situación jurídica de las partes; simplemente se tratará de un intento informal de que un tercero mediara entre la víctima y el imputado o acusado. *Pero si el acuerdo se lleva a cabo, constituye una especie de cosa juzgada entre las partes, pero solo en lo que implique aspectos patrimoniales* (cursivas fuera del texto) (p. 517).

Otra cosa es afirmar, como lo indican Moya & Reyes (s. f.), que los mecanismos de justicia restaurativa no constituyen “formas contractuales, pues, a diferencia de ellas, la dimisión no conlleva prestaciones a favor de la otra parte” (p. 317). Para estos autores, la mediación puede dar lugar a convenios extrapatrimoniales referidos al comportamiento, los servicios a la comunidad y el pedir disculpas o perdón, que no se consideran verdaderas obligaciones al estar desprovistas del contenido económico, cualidad que “condiciona la existencia misma de las prestaciones civiles” (p. 328). Así, aunque la mediación no verse sobre aspectos indemnizatorios (económicos), opera una presunción de derecho de que las mismas fueron absueltas, como lo plantean Moya & Reyes (s. f.), pues nada más explica que limite la acción civil y el incidente de reparación integral.

Momentos en los que procede celebrar mediaciones.

La mediación penal tiene unas oportunidades de celebración específicas determinadas por la actuación procesal dentro de la cual se lleva a cabo. Conforme a lo establecido en el art. 524 de la Ley 906 de 2004, la misma procede

[d]esde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio, cuyo mínimo de pena no exceda de cinco años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de Justicia Restaurativa. En los delitos con pena superior a cinco años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción.

La Ley 906 de 2004 establece los momentos procesales específicos en los que la mediación puede llevarse a cabo, lo cual indica que para el legislador esta figura solo tiene los efectos de los llamados ‘programas alternativos’, entendido por ta-

les los que se llevan a cabo cuando el proceso penal ya ha iniciado y que pueden afectarlo en atención al resultado del encuentro entre la víctima y el victimario (Zehr, 2007). Se restringe así la posibilidad de utilizarla como un programa terapéutico o de sanación realizado sin que se afecte o se interfiera con el proceso judicial en curso y que puede llevarse a cabo, incluso con posterioridad a la condena. Tampoco podría aplicarse como programa de transición, el cual se caracteriza por desarrollarse mucho tiempo después de la condena, se enfoca en la reinserción y busca atender aquello que la condena no logra, con la consecutiva disminución del temor de la comunidad frente al delito y la persona del delincuente (Zehr, 2007). Este último evento se relaciona, por ejemplo, con el subrogado penal de la libertad condicional, cuya consecución se podría lograr con una estrategia restaurativa como la mediación.

Para Moya & Reyes (s. f.), la razón de circunscribir la mediación a esta oportunidad procesal radica en que, a partir del juicio oral, no es posible variar la competencia del juez de conocimiento, lo que hace que una vez iniciado el juicio ya no sea procedente la celebración de acuerdos de ninguna índole.

Por su parte, los delitos perseguibles de oficio, cuyo mínimo de pena no excede los cinco años de prisión y que, además, no sobrepasan la órbita personal del perjudicado, es decir, aquellos en los cuales el bien jurídico afectado es disponible por las víctimas, por ser parte de su patrimonio autónomo y no tratarse de un interés de naturaleza estatal o sobre el que no se admiten acuerdos privados (Junco, 2007), son, en realidad, una proporción muy limitada. Así las cosas, si se analizan aquellos que sobrepasan la órbita personal del perjudicado, en términos generales y sin desconocer que siempre habría que hacerse un análisis del caso concreto, se excluyen los delitos contra la fe pública, el orden económico social, los recursos naturales y el medio ambiente, la seguridad pública, la salud pública, los que atentan contra los mecanismos de participación democrática, la administración de justicia, la eficaz y recta impartición de justicia, la existencia y seguridad del Estado y el régimen constitucional y legal; con lo cual queda reducido el espectro a los delitos contra la vida y la integridad personal, algunos delitos contra el DIH, la libertad individual, los delitos sexuales, la integridad moral, la familia, el patrimonio económico, la protección de información y de datos y los derechos de autor. Si de este último grupo se extraen los delitos querellables, es preciso descartar los delitos contra la integridad moral, salvo las imputaciones de litigantes, siete delitos contra la vida y la integridad personal, de los casi treinta y cinco que conforman el título; la violación a la libertad religiosa, dos delitos contra la familia, de los diez posibles y dieciséis delitos contra el patrimonio económico, de los treinta que aproximadamente constituyen este grupo.

Grosso modo, de los trescientos cincuenta delitos que componen la ley penal, la mediación resulta procedente en cerca de cien conductas punibles que, no siendo querellables, tampoco sobrepasan la órbita personal del perjudicado. Si a esto se suma que la pena mínima no ha de superar los cinco (5) años de prisión, la lista se reduce de forma considerable. Por ello, señala Velásquez (2010): “[e]n relación con

la mediación la situación es diferente pues la figura no opera y todo se queda en meras declaraciones de buena voluntad del legislador que, por esta vía, se torna en un mero rey de burlas” (p. 35).

Esta disposición impide que la justicia restaurativa se consolide como una verdadera apuesta de política criminal, susceptible de ser aplicada en toda suerte de casos e ignora que la mediación es una estrategia, precisamente, de justicia restaurativa con capacidad para generar efectos jurídicos y no una estrategia jurídica capaz de generar efectos de resolución de conflictos, como usualmente ha pasado con los M.A.S.C. y con otras figuras que se erigen como alternativas a lo punitivo (DNP, 2015). Lo señalado por el legislador pone de manifiesto el temor del derecho a sacar de su jurisdicción aquellos conflictos que revisten mayor gravedad o que se consideran más lesivos, pues, aunque la mediación proceda frente a delitos investigables de oficio, las restricciones siguen circunscribiéndola a conductas consideradas no tan graves.

La aplicación de los mecanismos de justicia restaurativa de la Ley 906 de 2004 quedó supeditada al proceso judicial, reforzando una vez más la idea de que su importancia depende de él, pues las partes podrán recurrir a uno u a otro en atención al estadio procesal en que se encuentren: la conciliación preprocesal antes de que inicie, la mediación en el lapso comprendido entre la formulación de imputación y antes del inicio del juicio oral o cuando ha fracasado la conciliación preprocesal, conforme al inciso 3° del art. 522 (Moya & Reyes, s. f.; Fiscalía General de la Nación, 2006a; Junco, 2007) y, de nuevo, la conciliación, pero dentro del incidente de reparación integral cuando haya una condena en firme.

Diferencias entre la conciliación y la mediación.

Es aquí donde resulta relevante distinguir entre la mediación y la conciliación, pues la postura de quien escribe es que la incorporación de estas dos estrategias de justicia restaurativa en la Ley 906 de 2004 no dependió de un análisis concienzudo en torno a las notas que las caracterizan, sino de la necesidad de contar con ‘mecanismos’ al servicio del ejercicio judicial, a tono con la preocupación por el desgaste de la administración de justicia, antes que el deterioro del tejido y de los lazos sociales que producen los conflictos.

Para empezar, es preciso anotar que la distinción entre estos conceptos genera gran controversia, pero en Colombia el asunto es aún más complejo si se tiene en cuenta que, en el plano normativo, se erigen como figuras independientes y no como sinónimos, según lo que ocurre en otras latitudes (DNP, 2015). Lo que el ordenamiento jurídico denomina ‘conciliación’, el resto del mundo lo llama ‘mediación’; en muchos países, la primera de las expresiones ni siquiera se menciona o se conoce como ‘mediación evaluativa’, en contraposición a la ‘mediación facilitativa’, que se asemeja más a la manera en que se concibe a la mediación en Colombia (Della Noce, 2010).

Así, uno de los pocos países en los cuales la mediación se diferencia de la conciliación es Colombia, porque la conciliación tiene el estatus de mecanismo alternativo de resolución de conflictos desde su creación. La mediación, por su parte, no había tenido un desarrollo legal hasta la aparición de la Ley 906 de 2004, pese a que en el plano internacional siempre ha existido como programa de justicia restaurativa, dentro de los que también se encuentran los círculos de sentencia o tratados de paz, los paneles de víctimas o paneles de impacto y las conferencias familiares (UNODC, 2006, Tapias, 2015; Díaz, 2013).

Así las cosas, si Colombia llama conciliación a la mediación, ¿a qué se hace referencia cuando se habla de mediación, como para indicar que es una figura independiente de aquella? Una de las primeras distinciones entre la mediación y la conciliación la plantea la Sentencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia del 15 de diciembre de 1948, la cual cita a Carnelutti, para quien

(l) la mediación (...) persigue una composición contractual cualquiera, con intervención de un mediador que aproxima a los litigantes pero que no tiende a procurar una solución de justicia, y la conciliación que también requiere la intervención de un tercero, conciliador, que sí aspira a una composición justa.

La idea de que la conciliación podía materializar la justicia en mejor modo, resultó ser, quizás, el argumento más sólido para que fuese esta estrategia de resolución de conflictos la más apetecida por el ordenamiento jurídico colombiano. Por ello, se convirtió en una figura estrictamente reglada y adquirió el estatus de 'mecanismo de mecanismos' en Colombia, tanto es así que, a la fecha, cuenta con una ley propia (Ley 640 de 2001) e innumerables textos que se ocupan de ella (Márquez, 2012). Asimismo, es el único 'mecanismo' susceptible de impactar en las estadísticas (Velásquez, 2010), aun cuando su aplicación sea incipiente, comparada con las cifras de judicialización de los conflictos, y el efecto sobre la descongestión de los despachos judiciales o su posibilidad de facilitar el acceso a la justicia sean insuficientes, tras 25 años de su aparición (Departamento Nacional de Planeación, 2015). Por el contrario, a la mediación se le consideró una figura propicia para otro tipo de asuntos 'no jurídicos' o no interesados en la materialización de justicia, al menos no de la manera en que la coincide la ciencia jurídica tradicional.

Para Shane (1995), el NADRAC (1999) y autores como Friedman & Himmelstein (2009) y Della Noce (2010), la diferencia se le atribuye al grado de injerencia que tiene el tercero facilitador para participar en la resolución del conflicto, lo cual depende de su preparación y experticia. Así, se afirma que el conciliador goza de mayores facultades que el mediador para proponer fórmulas de arreglo e intervenir en el conflicto de las partes y sus propuestas suelen estar amparadas en criterios formales, como la ley. Hay quienes sostienen, incluso, que al mediador le está vetado proponer fórmulas de arreglo (Departamento Nacional de Planeación, 2015). Otra diferencia reconocida por los autores radica en los efectos jurídicos que tiene la no consecución del acuerdo: mientras que, para la conciliación, el fracaso del encuentro agota un requisito para el acceso a la justicia tradicional (condición

de procedibilidad), en la mediación, tal situación no tiene efecto jurídico alguno (Osorio, 2002; Junco, 2007) y es como si el encuentro jamás se hubiese llevado a cabo.

En Colombia, esta discusión no ha sido pacífica ni parece tener mucho consenso, pero, por lo que se observa en la práctica, al conciliador se le atribuyen muchas más facultades decisorias que al mediador, pese a considerarse que ambas figuras son de autocomposición intermedia (o de heterocomposición intermedia, como las denomina Junco, 2007), es decir, en las que las partes en conflicto son quienes lo resuelven, con la ayuda o intervención de un tercero facilitador que no tiene la calidad de autoridad (Junco, 2007). Es por ello que la mediación solo tuvo reconocimiento formal en la ley (aunque incompleto y desacertado) hasta la aparición de la Ley 906 de 2004, pues, con anterioridad a ello, los dos conceptos se utilizaban de manera indistinta o como sinónimos (Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-1195).

Así las cosas, las diferencias son de forma y no de fondo, pues, si se leen los fines que ambas figuras persiguen y se observa un encuentro, sin conocer la figura que en el caso particular se aplique, el observador no podría reconocer si se trata de una conciliación o de una mediación, lo cual pone de manifiesto que comparten su esencia y que las distinciones de forma se las imprimieron las normas (Neuman, 2005).

Con base en lo expuesto, puede precisarse que, en materia penal, la conciliación y la mediación presentan las siguientes diferencias: la conciliación, es un requisito de procedibilidad tratándose de los delitos querellables, mientras que la mediación es un acto de mera liberalidad de una o de las dos partes que, por desfortuna, se ha restringido a los delitos perseguidos de oficio, cuya pena mínima no exceda de 5 años. En lo atinente a las calidades del facilitador, se tiene que el conciliador debe ser abogado titulado, salvo las excepciones del art. 5º de la Ley 640 de 2001 (estudiantes de consultorio jurídico, personeros municipales y notarios no titulados), mientras que el mediador no precisa de ningún título profesional específico, permitiendo la actuación de profesionales de múltiples disciplinas, siempre que tengan el entrenamiento y la formación adecuados. Frente a las sesiones o encuentros en que se desarrolla la figura, la conciliación, por regla general, ocurre en uno solo, el señalado en fecha y hora para la audiencia de conciliación; la mediación, a su turno, puede cumplirse en varios encuentros, incluso con sesiones independientes entre víctima y victimario, mientras se consiguen las condiciones propicias para un encuentro cara a cara (Junco, 2007).

Una última diferencia es la que señala Velásquez (2010) cuando indica que

[m]ientras en la conciliación la solución al conflicto es producto de un juzgamiento, adelantado por quien está autorizado para ejercer una potestad jurisdiccional y hacer ejecutar sus decisiones; en la mediación, ello es consecuencia de un acuerdo razonable entre los involucrados, a instancias de un tercero (que puede ser un particular o un servidor público) investido de una potestad jurisdiccional privada que no le permite hacer ejecutar lo acordado.

En conclusión, puede afirmarse que, aparte de estos distingos de forma que les imprimió la Ley 906 de 2004, no hay nada en la manera de llevarlas a cabo que permita hacer una diferencia importante entre ellas, como tampoco las debe haber en la formación y el perfil de los facilitadores que interceden entre las partes.

Solicitud para llevar a cabo una mediación penal.

El art. 525 CPP propone una reflexión adicional, pues sostiene que la mediación podrá solicitarse por parte de la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal, el juez de control de garantías o el juez de conocimiento, según sea el caso, para que el Fiscal General de la Nación o su delegado para esos efectos, proceda a designar al mediador.

No se entiende la razón por la cual el juez de control de garantías fue incluido en este listado, si se tiene en cuenta que la ley procesal penal limita sus intervenciones a las audiencias preliminares que, por cierto, se realizan con unos fines específicos; a menos que sean audiencias preliminares innominadas, como las que posibilita el numeral 9 del art. 154 CPP (Ospina, 2013). Aún en el evento de considerar que en la formulación de la imputación o en otra audiencia preliminar, víctima o victimario hicieran su manifestación de voluntad de someter el conflicto a un acuerdo restaurativo como la mediación, el juez de control de garantías no podría hacer nada distinto a poner en conocimiento de la fiscalía la situación.

Para Moya & Reyes (s. f.), la labor del juez de control de garantías será la de verificar que la decisión de someter el conflicto a esta vía es libre y consensual. Si lo que se pretendía con ello era facilitar a los interesados comunicar sus intenciones, se cae en lo contrario, pues dilata el trámite y le añade pasos innecesarios. Incluso, debe verse con precaución, en atención a la filosofía restaurativa según la cual una vez lograda la mediación esta se presenta al juez de control de garantías para un control de legalidad, pues la preocupación por la legalidad es propia de los principios aplicados a los procedimientos judiciales y la mediación, desde la justicia restaurativa, no es tal. La legalidad solo podría predicarse de los efectos procesales penales que tiene el acuerdo logrado en la mediación, no de su contenido, pues eso solo importa a los involucrados. Sobre esta premisa se hace especial énfasis: la mediación no es, ni debe ser, un procedimiento judicial. En igual sentido lo afirman Moya y Reyes (s. f.) al indicar:

Si bien el artículo 526 de la Ley 906 de 2004 indica que el juez valorará el informe del mediador, es de observar que dicha valoración no puede ser instancia, sino de verificación de los efectos, dependiendo de la situación que se trate y, desde luego, del resultado (pp. 327-328).

Más desafortunada aún es la inclusión del juez de conocimiento en la lista, pues poseer esta información podría contaminarlo, en especial, si se tiene en cuenta que la justicia restaurativa parte de que quien genera una ofensa debe reconocerla y repararla. Si la mediación penal para la Ley 906 de 2004 es un mecanismo de justicia restaurativa, a la mediación se le aplican los mismos principios de aquella

y esto resulta lógico, pues quien tiene certeza de su inocencia en un caso penal, o considera que su actuar en nada ha perjudicado a quien se anuncia como víctima o a terceros, difícilmente estará interesado en recurrir a la justicia restaurativa, al menos en los términos señalados por la ley.

Quizás al percibir esta situación, en las reglas generales se advierte que la participación del imputado, acusado o sentenciado no se utiliza como prueba de admisión de culpabilidad (art. 519 numeral 3), aspecto que guarda absoluta correspondencia con el literal *d* del art. 8° CPP, en el cual se afirma que, en ejercicio del derecho a la defensa, el contenido de las conversaciones tendentes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas, no podrá ser utilizado en contra del procesado, si no llegare a perfeccionarse.

Así las cosas, desde el punto de vista jurídico las prohibiciones y exigencias que el juzgador tiene son claras, pero no puede ignorarse la importancia que, desde la perspectiva psicológica, tiene el poseer cierta información que puede ser privilegiada al momento de construir juicios de valor y hacer raciocinios frente a la responsabilidad del sujeto. Si el juez de conocimiento sabe de la intención de mediar, en especial, si la iniciativa parte del procesado, aun cuando no conozca o presencie los encuentros entre la víctima y el ofensor, difícilmente obviará el contemplar la responsabilidad de este último en la comisión del delito o, al menos, lo tendrá como un hecho bastante probable, susceptible de afectar la presunción de inocencia.

La solicitud de mediación debería, pues, elevarse ante el fiscal o, bien, ante el defensor, para que estos recurran al Fiscal General o a su delegado y adelanten los trámites correspondientes, sin participación alguna del juez. Moya & Reyes (s. f.) indican que, a diferencia de los preacuerdos, los acuerdos basados en justicia restaurativa no se condicionan a la aceptación expresa o implícita de responsabilidad por parte del procesado, lo que en efecto se corresponde con lo establecido en la ley, sin embargo, esto va en contravía con los postulados de la justicia restaurativa para la cual, como se vio, el reconocimiento de la responsabilidad es un presupuesto esencial.

Efectos procesales de la mediación.

La mediación, según el art. 526 CPP, tiene efectos vinculantes, por lo tanto, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral. Esta prohibición resulta entendible, toda vez que, al ocuparse la mediación de aspectos como la reparación, la restitución o el resarcimiento de los perjuicios causados, tanto la acción civil como el incidente se tornan innecesarios, en especial este último, sobre todo si se tiene en cuenta que, además de la restitución de perjuicios, la mediación puede llevar a las partes a comprometerse a realizar o abstenerse de ciertas conductas, prestar servicios comunitarios, ofrecer disculpas o pedir perdón, lo que hace que, en efecto, se predique integralidad en la reparación del daño, al tratarse aspectos que van más allá de lo netamente pecuniario o económico.

Los resultados de la mediación contenidos en el informe elaborado por el mediador, habrán de remitirse al fiscal o al juez, dice la norma, quienes, luego de valorarlo, determinarán sus efectos en la actuación. Estos efectos pueden darse en dos sentidos: para extinguir la acción penal o para ser tenidos en cuenta al momento de imponer la pena, en este último caso, afectando la manera en que se aplica la coerción personal o la individualización.

Es de aclarar que la mediación por sí misma no extingue la acción penal, no es una de las causales de extinción contenidas en el art. 77 CPP, pero sirve como vehículo para lograr ese propósito, a través de otras instituciones jurídicas (Velásquez, 2010). Ospina (2016), plantea cuáles son tales vías al referirse a las salidas alternas al proceso, al indicar que la mediación favorece, entre otras cuestiones, la aplicación del principio de oportunidad, en especial cuando este se da en su modalidad de suspensión. Los resultados de la mediación, entonces, no son suficientes para que la extinción de la acción penal opere de manera automática, pero pueden ser el insumo para la solicitud de la suspensión del procedimiento a prueba, incluso, para que la fiscalía renuncie al ejercicio de la acción penal. Así lo refiere el numeral 7 del art. 324 CPP, referente a las causales para la aplicación del principio de oportunidad:

El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

[...]

7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la Justicia Restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

Puede ocurrir, así mismo, que un acuerdo de mediación implique tal forma de reparación integral de la víctima que se cumplan los presupuestos del numeral primero del art. 324 CPP. Pero no es solo el principio de oportunidad el que se beneficia con la realización exitosa de una mediación, sostiene Ospina (2016); con ella puede invocarse otras salidas alternas como el desistimiento, la indemnización integral, la retractación, el pago (en los casos de emisión ilegal de cheque) o el resarcimiento del daño (cuando este recae sobre bien ajeno), salidas todas que extinguen la acción penal cuando se recurre a la solicitud y el posterior decreto de la preclusión del art. 332 CPP, específicamente en el numeral uno: la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

Nótese, sin embargo, que la mayoría de estas figuras procede frente a delitos querrelables que son, justo es decirlo, los que resultan excluidos de la norma, al afirmarse que la mediación es susceptible de aplicarse en delitos perseguibles de oficio, cuyo mínimo de pena no exceda de 5 años. El desistimiento, por ejemplo, se predica de las querellas (artículo 76 del CPP, modificado por el artículo 6 de la Ley 1826 de 2017); en el caso de la indemnización integral, figura propia de la Ley 600 de 2000, (artículo 42), los únicos delitos que admitirían una mediación serían el homicidio culposo cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación

punitiva, los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, los delitos contra los derechos de autor y en algunos procesos por los delitos contra el patrimonio económico.

Tratándose de la retractación en los delitos contra la integridad moral (artículo 225 y siguientes del CP), es preciso recordar que ellos están contenidos dentro del artículo 74 del CPP que los define como querellables, misma situación que experimentan el cheque ilegal y el daño en bien ajeno. Bajo ese panorama, la lista de delitos susceptibles de ser ventilados en un escenario de mediación, es reducida con lo cual una vez más se demuestra el limitado alcance que se le ha dado a la figura; esto, desatiende no solo lo restaurativo que la inspira sino los principios rectores y garantías procesales de la Ley 906 de 2004, como la prevalencia del derecho sustancial (artículo 10), los derechos de las víctimas (artículo 11) y la integración (artículo 25). Desde luego, ante la imposibilidad de materializar la justicia restaurativa en estos delitos a través de la figura de la mediación, quedaría la oportunidad de recurrir a la conciliación extraprocesal regulada por la Ley 640 de 2001 (Ospina, 2016).

El otro gran efecto de la mediación, desde el punto de vista procesal penal, aparte de la extinción de la acción a través de las vías ya vistas, es el que tiene el acuerdo logrado entre las partes respecto a la imposición de la pena, por cuanto puede afectar la manera en que se aplica la coerción personal o la individualización, según lo dicta la norma. En cuanto a la coerción personal, puede pensarse que la mediación apoye los criterios para lograr el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, lo cual impide que en un lapso de entre 2 y 5 años el condenado sea privado de su libertad (art. 63 del Código Penal), pues para ello se requiere que la pena impuesta no supere los tres años de prisión –lo cual está dentro del margen previsto para la mediación–; además, que los antecedentes personales, sociales y familiares y la modalidad y gravedad de la conducta, la hagan innecesaria y que la multa impuesta se haya pagado en forma total (este último requisito, adicionado por la Ley 890 de 2004).

En lo que respecta a la coerción personal, la mediación también puede jugar a favor de la concesión de una prisión domiciliaria (art. 38 del Código Penal, modificado por el artículo 22 Ley 1709 de 20 de enero de 2014), pues también aquí se exige que la conducta punible tenga una pena mínima de 5 años de prisión o menos. Los demás requisitos de la prisión domiciliaria –el buen desempeño del sentenciado en los planos personal, familiar, laboral o social y el cumplimiento de ciertas obligaciones enumeradas en la norma– caben dentro del concepto de “reparación, restitución o resarcimiento de perjuicios, realización o abstención de conductas y prestación de servicios comunitarios”, de que habla el art. 523 CPP.

Respecto de la individualización de la pena de que trata el art. 447 CPP, es preciso recordar que, si el fallo resulta ser condenatorio o si se acepta el acuerdo logrado entre la fiscalía y la defensa, el juez concede la palabra a las partes para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y ante-

cedentes del culpable. Si lo consideran conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado. En el evento de que la mediación haya permitido reparar voluntariamente el daño, al menos de manera parcial, o haya indemnizado a los perjudicados, se podrá invocar la causal contenida en el numeral 6 del art. 55 del Código Penal, relativo a las circunstancias de menor punibilidad (Junco, 2007; Ospina, 2013).

En este mismo sentido, el inciso final del art. 524 CPP, a tono con el cual “[e]n los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción”, que excluye la extinción de la acción penal, pero que permite, bajo el presupuesto de la configuración de causales de menor punibilidad, la aplicación del sistema de cuartos se haga de manera más benevolente para el procesado e, incluso, que se confiera la libertad condicional.

El papel de la comunidad en la mediación penal.

Si bien se ha mencionado que la participación de la comunidad es inherente a los procesos restaurativos, ello no significa que la participación comunitaria se dé por igual en todos los modelos o programas. Tal intervención se percibe mucho más acentuada en estrategias como los círculos de sentencia o las conferencias familiares, pero no en la mediación penal, internacionalmente conocida como mediación víctima-ofensor (Tapias 2015; Díaz, 2013).

Aportes para el Manual sobre Mediación Penal

Lo más cercano al cumplimiento de la obligación impuesta por el legislador a la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de elaborar un manual que fijara las directrices de funcionamiento de la mediación, en particular en la capacitación y evaluación de los mediadores y las reglas de conducta que regirían el funcionamiento de la figura (art. 527 CPP), es el Capítulo XII del Manual de Procedimientos de Fiscalía del año 2006. Frente a la instrucción de dictar las reglas de funcionamiento de los programas de justicia restaurativa, se elaboró un manual que lleva el mismo nombre, divulgado entre los funcionarios de la entidad el 30 de septiembre de 2004, pero que no incluyó nada distinto a lo ya señalado en la ley, en los arts. 518 a 521 (Fiscalía General de la Nación, 2004b).

Directrices de funcionamiento de la mediación dadas por la Fiscalía General de la Nación.

Conforme a lo establecido en el Manual de Procedimiento de Fiscalía (2006), una vez recibida la solicitud de mediación se debe verificar que esta cumpla con los siguientes requisitos: (1) que se identifiquen el caso y la autoridad que está conociendo del mismo; (2) la individualización de las partes involucradas, con inclusión de sus representantes legales cuando se trate de incapaces; (3) una manifestación expresa de someter su conflicto a esa forma de solución; (4) datos de contacto

de las partes, sus apoderados y representantes legales. El original se dirige al fiscal encargado del reparto y cada una de las partes recibe una copia del documento.

El Manual establece que, de ser improcedente, se le informa al solicitante, lo que sugiere un primer juicio o apreciación de la intención de mediar. De ser aceptada, se indaga a la otra parte su intención de participar en el programa y, si esta se niega, se informa al solicitante y se deja la respectiva constancia. De dársele curso, las partes deben estar notificadas sobre el encuentro por lo menos diez días antes de llevarse a cabo. Iniciada la mediación, las partes pueden retirarse de ella en cualquier momento.

El trámite requiere que cada una de las partes entregue un breve escrito en el que exponga su posición frente a los asuntos que esperan se resuelvan. El mediador se encarga de que dichos documentos sean conocidos por el oponente, intercambiándolos.

En una primera sesión, agrega el Manual, “las partes deberán aportar toda la información que sea necesaria para que el mediador pueda desempeñar adecuadamente su función”. Dicho mediador podrá pedir a las partes que complementen la información suministrada y “realizará tantas sesiones como sean necesarias para la solución de la controversia, siempre que advierta un avance en la solución de la misma” (p. 219). Pese a que se reconoció que las sesiones serían privadas, se habilitó a las partes para acompañarse de un asesor, quien no habría de intervenir, pero que podría ser consultado por la parte a quien acompaña. La naturaleza o calidades del asesor no quedaron establecidas, pero esta figura resulta muy similar a la competencia dada en la Ley 640 de 2001 a los apoderados de las partes que los asisten en la audiencia de conciliación, lo que pone de manifiesto la similitud entre la mediación penal de la Ley 906 de 2004 y la conciliación extraprocesal.

En lo que respecta al mediador, se le impuso el veto de divulgar información relacionada con el caso, respetando o atendiendo la confidencialidad que cobija a este tipo de procedimientos, o fungir como testigo en juicio u otros procedimientos judiciales. Aunque el manual no lo menciona, debería entenderse que la restricción opera respecto de procesos judiciales de los casos en los que ha servido como mediador y no frente a otro tipo de diligencias o actividades relacionadas con la administración de justicia. La confidencialidad también es un imperativo para las partes, obligadas a no emplear “expresiones, reconocimientos, informaciones, documentos o propuestas conocidas en la mediación, para argumentar o presentar pruebas en la actuación a la cual se vincula la mediación ni en ningún otro procedimiento judicial o de otra índole” (p. 220).

Frente a la estrategia de resolución de conflictos, el Manual guarda silencio, lo que supone discrecionalidad del mediador para conducir los encuentros, bajo cualquiera de las teorías existentes para tal fin. Por ello, a renglón seguido, describe las causales de culminación del proceso, sin hacer mayores precisiones en torno a su ejecución. Dentro de las causales de terminación se encuentran el acuerdo que

pone fin a la controversia y la pérdida de posibilidad, utilidad o justificación de los encuentros.

Para terminar, señala que “las reglas de la mediación deberán ser interpretadas de conformidad con los fines de la Justicia Restaurativa y aplicadas conforme con la Constitución Política y la Ley”, y que las erogaciones en que deba incurrirse “serán asumidos de forma equitativa por las partes, salvo acuerdo en contrario”, pero “si el gasto se origina en petición o prueba de parte, su beneficiario lo cubrirá” (p. 220).

Como viene de verse, el Manual no definió un procedimiento como tal, sino que se limitó a describir algunos aspectos del encuentro inicial, faltando al imperativo de describir las reglas de conducta para poner en marcha la figura (art. 527 CPP).

Propuesta de capacitación y evaluación de los mediadores que intervienen en procedimientos de mediación penal.

La reglamentación hecha por la Fiscalía desatendió la instrucción de fijar directrices en torno a la capacitación y la evaluación de los mediadores y las reglas de conducta que regirían el funcionamiento de la figura. Esta falencia cobra relevancia en la medida en que la ausencia de unos perfiles claramente definidos y de los criterios para la operación de estrategias de resolución de conflictos y de justicia restaurativa han llevado a que en el país estas iniciativas no hayan tenido resultados tan positivos como los esperados (Peña, 2012; Departamento Nacional de Planeación, 2015).

Así mismo, en lo que respecta a los mediadores es claro que quien funge como facilitador o interventor en la justicia restaurativa ha de ser un sujeto con la preparación suficiente para comprender las dimensiones del conflicto derivado del delito y para coordinar encuentros que, en efecto, reivindiquen los derechos de las víctimas sin desconocer los que le asisten al procesado y a los entornos inmediatos de cada uno (Redorta, 2004). El éxito de la mediación depende, en cierto sentido, del mediador, personaje que tiene un perfil deseable, que cuenta con una formación específica y a quien acompañan unos determinados rasgos de personalidad (López & García-López, 2010; Salvador & García, 2010; Díaz, 2013), pues, como lo menciona Bernal (2011), el facilitador es el primero en convencerse en que esta vía resuelve el conflicto y es eficaz frente a los fines que persigue. Esas calidades o cualidades específicas, según el Departamento Nacional de Planeación (2015), son las competencias del ser, el saber y el saber hacer.

Interdisciplinariedad y mediación penal.

En lo que coinciden los diferentes autores (Fernández & Ortiz, 2008; Bernal, 2011; Díaz, 2013; Peña, 2015), es en que la mediación debe tener un carácter interdisciplinar, toda vez que los conflictos generados con el delito tienen diversas aristas, cuyo análisis y abordaje requiere de varias miradas y el aporte de cada una de ellas en la construcción de un acuerdo que satisfaga a las víctimas, a los ofensores

y a la comunidad. La interdisciplinariedad, en este sentido, se entiende como la integración de

[i]nformación, datos, técnicas, herramientas, perspectivas, conceptos y/o teorías de dos o más disciplinas o cuerpos especializados de conocimiento, orientados a avanzar una comprensión fundamental o resolver problemas cuyas soluciones yacen más allá del ámbito de una sola disciplina o área de práctica investigativa (Academia Nacional de Ciencias, 2005, p. 2, citada por Uribe, 2011).

La interdisciplinariedad es un concepto genérico que incluye la multidisciplinariedad, la interdisciplinariedad propiamente dicha y la transdisciplinariedad (Uribe, 2011). Las disciplinas tradicionales se caracterizan por tener un objeto de estudio, un método y unas teorías que, en relación con los conflictos que genera el delito, pueden dividirse en dos grandes grupos: (a) las ciencias sociales, dentro de las que se encuentran la historia, la sociología y la antropología; y (b) las ciencias humanas, que agrupan a la psicología y la filosofía (Dilthey, 1951), por lo cual el derecho es una disciplina que navega entre uno y otro grupo. Cuando los fenómenos se abordan de modo multidisciplinar, cada disciplina se pronuncia respecto a la manera como, desde su campo de conocimiento, se percibe un determinado fenómeno; por ello, en lo multidisciplinar no hay diálogos o encuentros entre las disciplinas, solamente una concurrencia de perspectivas, de allí que la multidisciplinariedad sea una pregunta por el objeto de estudio. Por su parte, cuando se habla de interdisciplinariedad, las disciplinas que confluyen en el análisis del fenómeno se entrecruzan y encuentran bajo el interés de resolver dilemas de manera conjunta; es una cuestión de método, en donde se pueden identificar convergencias e intersecciones. En el caso de la transdisciplinariedad, la convergencia de disciplinas genera un producto que bien puede ser un nuevo método, una nueva teoría o un nuevo problema de estudio, en cualquier caso, un nuevo conocimiento, una innovación (Morin, s. f.).

Estas precisiones se hacen para poner de presente que la intervención del conflicto y la consecución de la justicia restaurativa no deben estar supeditadas a la actuación del derecho y de los abogados de manera exclusiva, como tampoco a la psicología, la antropología, la sociología, la pedagogía o a la comunicación social, sino a todas ellas en conjunto, pues el objeto de estudio, esto es, el conflicto derivado del delito, posee una esencia que no le corresponde o puede escriturársele a ningún saber particular. Así las cosas, la formación o capacitación del mediador, antes que basarse en fórmulas jurídicas o efectos del acuerdo, debe versar sobre aspectos que le permitan intervenir el conflicto no en calidad de terapeuta o consejero, como lo señala Del Val (2015), sino como lo que en realidad es: el actor que intercede entre las partes para lograr la reparación de la víctima, a partir de la toma de conciencia de la responsabilidad que frente a ello le asiste al ofensor, poniéndolas de acuerdo frente a las diferencias y distancias que ha creado el delito, en donde la formación profesional de base no puede ser un criterio incluyente o excluyente para el cumplimiento de la labor. La apuesta, entonces, apunta a procurar que el

trabajo del mediador implique hacer lecturas de diferente orden, y se reconozca la multicausalidad de los conflictos derivados de un delito.

El perfil del mediador.

Antes de exponer los temas en los cuales deberían recibir capacitación los mediadores, es preciso indicar que los aspirantes al cargo han de contar con unas competencias o cualidades mínimas (del ser), relacionadas con sus recursos personales y características de personalidad, lo que puede constituirse como un 'perfil de ingreso' al ciclo de formación. Por tales habilidades se entienden la capacidad de autocrítica y su propia actitud frente a los conflictos, una actitud de vida conciliadora y pacífica, sensibilidad frente a los dilemas humanos y las problemáticas sociales, conducta altruista e interés por las poblaciones vulnerables, pensamiento abierto y flexible.

Desde el modelo de las cinco grandes dimensiones de la personalidad, estas características son susceptibles de ser evaluadas e identificadas, determinando su grado de presencia o ausencia en la estructura psicológica de un individuo; así, se considerarían deseables como mediadores los sujetos que se muestran proclives a la extraversión, la atención de sus sentimientos interiores, la curiosidad, la apertura hacia las nuevas ideas y los valores no convencionales, y la tendencia a experimentar emociones positivas; así mismo, las personas altruistas que simpatizan fácilmente con los demás y que están dispuestas a ayudarles. Los mediadores deberían ser personas capaces de controlarse y resistirse a los impulsos (Costa & McCrae, 2002).

La formación del mediador, una vez elegido este perfil de ingreso, debe estar enfocada en las temáticas específicas de justicia restaurativa, teoría del conflicto y su resolución, teorías de la comunicación y habilidades emocionales, acompañadas de un fuerte componente práctico que permita el entrenamiento suficiente para llevar estos conocimientos a su aplicación en los casos concretos.

Capacitación en teoría del conflicto y la resolución de conflictos.

En lo que respecta a la teoría del conflicto y su resolución, es preciso recordar que existen tres modelos teóricos tradicionalmente empleados, a saber: el tradicional lineal de la escuela de negociación de Harvard; el transformativo; y el circular narrativo (Demicheli, 2000; Peña, 2015).

El primero de ellos, concibe al conflicto como el efecto de una causa antecedente (lineal) y se caracteriza por centrar su objetivo en la consecución de acuerdos, por lo cual logra que las partes en conflicto tengan uno a otro la percepción de haber ganado con él, lo que las deja satisfechas (negociación cooperadora o gana-gana). Se sustenta en tres postulados básicos: separar a las personas del conflicto; las fórmulas de arreglo siempre deben considerar el mutuo beneficio; y las partes deben centrarse en los intereses comunes antes que asumir posiciones obstinadas (Ury, Fisher & Patton, 1995).

Para el modelo transformativo, el conflicto es una oportunidad de cambio y crecimiento, siempre que las partes asuman una actitud constructiva ante él (Bush & Folger, 2006). Su objetivo apunta a transformar la relación existente entre las partes.

Para terminar, el modelo circular define al conflicto como

[u]n todo inevitable, producto de la diversidad, más que la expresión de intereses o necesidades personales. La definición del conflicto será entonces el marco conceptual que le permitirá al mediador intervenir en los conflictos de las partes. De esta manera, si el conflicto es la diferencia entre las narrativas, la gestión del conflicto debe ser a través de las narrativas mismas (Peña, 2015, p. 3).

Con base en esta concepción del conflicto, el mismo se supera en la medida en que las narrativas negativas se reemplazan por narrativas alternativas que permiten reconocer al otro, colaborarle y respetarle. Al entender el conflicto como narrativa, el mediador está llamado a facilitar los canales de comunicación entre víctima y ofensor, en aras de que modifiquen sus pautas de interacción.

Dados los objetivos perseguidos por la justicia restaurativa en general, y la mediación en particular, en criterio de quien escribe, el modelo transformativo y el circular narrativo parecen los más adecuados para el entrenamiento de los mediadores, toda vez que, en el caso del modelo transformativo, su objetivo es

[e]l mejoramiento de las propias partes, en comparación con lo que eran antes; en este tipo de mediación se alcanza el éxito cuando las partes como personas cambian para mejorar a través del crecimiento en las dos dimensiones del desarrollo moral: Capacidad de fortalecer el yo y la capacidad de relacionarse con otros (Peña, 2015, p. 2).

Y, en el caso del modelo circular narrativo, su objetivo se centra en permitir a las partes que se separaren de la historia conflictiva en la que se encuentran para construir una nueva historia, donde el respeto, la colaboración y el reconocimiento mutuo sean sus cimientos (Winslade, 2013), dando especial importancia a la oralidad y al diálogo en el que se construyen las percepciones y los imaginarios. Para Peña (2015), la teoría narrativa afirma que

[l]os conflictos son historias, el hombre es lo que dice y esto refleja su forma de entender la vida a través de las palabras que utiliza. Las personas viven sus conflictos a través de narrativas gracias a las cuales las partes se perciben como contrarias.

La intervención de un mediador en los programas de justicia restaurativa no puede desconocer la importante tradición científica que existe en torno a las experiencias exitosas sobre aquella en el mundo y los avances de la resolución de conflictos como disciplina científica. Pretender que sus intervenciones se hagan de manera empírica, en especial en conflictos tan delicados como los derivados de la comisión de delitos, es irresponsable de parte del Estado y sus instituciones, no solo por los costos procesales que ello implica sino por los intereses en juego.

De allí la necesidad de que los modelos sobre teoría del conflicto y sus formas de resolución se conozcan y apliquen de manera consciente.

Capacitación en teorías de la comunicación.

Otro foco de capacitación ha de centrarse en las teorías de la comunicación y su relación con el conflicto, máxime cuando se considera que, con ocasión del delito, las partes construyen narrativas negativas que se deben cambiar. La mediación, en cualquiera de sus formas, es esencialmente un proceso de comunicación (Demicheli, 2000).

En cuanto al modelo facilitativo de la escuela de Harvard, el mediador es un regulador de la comunicación entre las partes, directivo al momento de propiciar los encuentros, bajo la premisa de que la relación entre las partes ha impedido un diálogo efectivo que debe ser organizado para que los respectivos planteamientos lleguen a ser conocidos por el oponente (Ury, Fisher & Patton, 1995). El papel que el modelo facilitativo otorga al mediador, sugiere la puesta en escena de la teoría matemática de la comunicación de Shannon & Weaver (1949), según la cual las personas se comunican estableciendo turnos de interacción, lo que la hace lineal (emisor-mensaje-receptor). Bajo su propuesta, la comunicación consiste en la transmisión de información en lo que se conoce como un mensaje entre el emisor y el receptor, suministrada a través de un canal y bajo un contexto específico que los afecta (Shannon & Weaver, 1949). Ante la presencia del conflicto, esta linealidad se interrumpe, generándose ruidos o distorsiones que bloquean, alteran o dificultan la comunicación. Los ruidos son factores externos a la comunicación que afectan negativamente la integralidad de los mensajes. El papel del mediador consistirá, entonces, en asumir un rol neutral, pero superior, que dirige un proceso surtido en tres etapas: el análisis, la planeación y la discusión, con el objetivo de conseguir una solución colaborativa, no distributiva, disminuyendo las diferencias (Berlo, 1984; Demicheli, 2000; Aguado, 2010; Méndez, 2004).

En lo que respecta al modelo transformativo, son las teorías de Watzlawick, Beavin & Jackson (1985) sobre el pragmatismo de la comunicación humana, las que explican los problemas de comunicación en los conflictos. Para estos autores, la comunicación se compone de interacciones que, a diferencia del modelo matemático, no son secuenciales sino simultáneas y circulares desde su génesis y en toda su duración. Plantearon cinco axiomas o principios de la comunicación humana: (1) es imposible no comunicar; (2) toda comunicación tiene un nivel de contenido y uno de relación; (3) la naturaleza de una relación depende de la forma de puntuar las secuencias de comunicación que cada participante establece, es decir, de la interpretación; (4) las personas utilizan la comunicación digital y la analógica en sus interacciones; y, (5) todo intercambio comunicacional es simétrico o complementario. Bajo esta teoría, el papel del mediador deberá consistir, en lo que a problemas comunicativos respecta, en identificar las incongruencias entre el lenguaje verbal y no verbal, dialogar sobre la manera como cada parte percibe el problema que les enfrenta, tomar conciencia sobre sus interacciones, evidenciar los

sentimientos y emociones que les acompañan y, por supuesto, emplear las técnicas que caracterizan al modelo y las teorías subyacentes a él (Demicheli, 2000).

La teoría de la comunicación en la que se ampara el modelo narrativo es la CMM (*Coordinated Management of Meaning*), propuesta por Pearce (s. f.), como contraposición a la teoría de los tipos lógicos de Russell (1905) en la que se habían basado Watzlawick, Beavin & Jackson (1985) para proponer sus planteamientos sobre la pragmática de la comunicación humana. Para Pearce (s. f.), no todos los intercambios comunicativos de los seres humanos que trasgreden la lógica generan paradojas en la comunicación que la hacen inviable. En su criterio, existen jerarquías en los niveles de significación que, a través de la reflexividad, hacen posible los cambios de significación.

Es innegable la importancia que el estudio de la comunicación tiene en la resolución de conflictos, lo que sustenta la importancia de la capacitación que, en este sentido, han de recibir los mediadores. No obstante, la prioridad que suele otorgarse a la necesaria capacitación de naturaleza jurídica, resta oportunidades a los facilitadores de recibir instrucción sobre aspectos neurálgicos de cara a los asuntos a atender (DNP, 2015).

Formación en habilidades para identificar emociones.

De esta manera, lo que se busca desarrollar es la capacidad de un individuo para darse cuenta, aceptar, comprender y ajustar sus propias emociones y las de quienes le rodean. Las investigaciones sobre el papel de las emociones en el comportamiento humano fueron mencionadas por autores como Thorndike (1935) y Wechsler (1940), entre otros (Salovey & Mayer, 1997; Eysenck, 2000; Martínez & Sánchez, 2011; Bisquerra, 2012).

Quienes se forman como facilitadores para la resolución de conflictos deben poder gobernar sus propias emociones, lo que aumenta las posibilidades para interpretar y relacionarse de manera efectiva con los demás y ser más eficaces en sus contactos interpersonales. Así mismo, son sujetos proclives a desarrollar empatía (ponerse en el lugar de los otros) y crear relaciones sociales (Ortiz, 2004), habilidades esperadas en un mediador. En la investigación científica sobresale, también, la llamada teoría de la mente, concepto que, según Tirapu, Pérez, Erekatxo & Pelegrín (2007) & Martínez (2011), se encuentra en los trabajos de Premack & Woodruff (1978), y hace referencia a la capacidad para entender y predecir comportamientos de otros, así como lo que conocen, sus intenciones, emociones y creencias. Para sus autores originales:

[a]l decir, que un sujeto tiene una Teoría de la Mente, queremos decir que el sujeto atribuye estados mentales a sí mismo y a los demás [...] Un sistema de inferencias de este tipo se considera, en un sentido estricto, una teoría; en primer lugar, porque tales estados no son directamente observables, y en segundo lugar, porque el sistema puede utilizarse para hacer predicciones, de forma específica, acerca del comportamiento de otros organismos (Premack & Woodruff, 1978, pp. 515-526).

La capacitación de los mediadores debe desarrollar su capacidad de atribuir estados mentales a otros, siendo un aspecto esencial en ello la empatía (Gómez, Molina & Arana, 2013). Así, un programa de formación en mediación, aparte de los tópicos ya vistos (teoría del conflicto y modelos de resolución, teorías de la comunicación y su relación con el conflicto), debe incluir lo que atañe en forma directa a las habilidades propias de los mediadores, a partir de sus recursos personales y los procedimientos que, sin ser una camisa de fuerza, den las directrices, siempre desde modelos científicos comprobados (Barona, 2011).

Conclusiones

La justicia restaurativa representa un paradigma o visión de la justicia, que se aleja de considerar lo justo como la imposición de castigos o sanciones para la persona del delincuente y que, en contraposición, se centra en la reparación y/o restitución de los daños causados a las víctimas. Propende por el encuentro entre las partes en conflicto, de manera tal que se atiendan las necesidades de los afectados y las responsabilidades de los ofensores, en pro de la reintegración de unos y otros a la sociedad y la reconstrucción del tejido social. En este sentido, tiene por objetivos: restaurar el orden y la paz en las comunidades, así como reparar las relaciones humanas que han sufrido daño; reafirmar la intolerancia hacia el delito y los valores sociales; apoyar a las víctimas y satisfacer sus necesidades; lograr que los ofensores se hagan responsables de sus actos, previniendo conductas delictivas futuras y favoreciendo su reincorporación a la sociedad.

Son diversas las estrategias que se pueden implementar para lograr justicia restaurativa; desde la perspectiva internacional se incluyen: los círculos de sentencia o tratados de paz, los paneles de víctimas o paneles de impacto, las conferencias familiares y la mediación víctima-ofensor. Esta última, caracterizada por propiciar encuentros entre quien sufre las consecuencias del delito y quien realiza la acción delictiva, para que, a través de la manifestación de sus puntos de vista y sus sentimientos, se logre redefinir la situación y se concreten formas de reparación, sin que terceros distintos al facilitador (mediador) intervengan.

En el caso colombiano, la ley de procedimiento penal incluyó un título denominado 'justicia restaurativa', que consagró como mecanismos de la misma a la conciliación y a la mediación, lo que podría llevar a pensar que el legislador se mostró interesado en que se atendieran los problemas que, entre las partes, genera la comisión de un delito y que el proceso penal tradicional no logra resolver; sin embargo, al analizar la manera como se reglamentaron estos mecanismos, en especial lo concerniente a la mediación, esa intención queda en entredicho y, en su lugar, parece que la incorporación de la justicia restaurativa obedeció a móviles de naturaleza política (Velásquez, 2010) o de economía procesal, antes que una preocupación por la reparación del daño causado a las víctimas y la reconstrucción del tejido social.

En lo que respecta a la manera como la mediación penal fue definida por el legislador, se encuentran elementos a favor y en contra, cuando se les compara con los postulados universales de la justicia restaurativa, así:

Primero, la definición coincide con el tratamiento y concepción que en el plano internacional se tiene de la figura, excepto por el hecho de definirla como mecanismo, lo que sugiere que su utilidad está determinada por la manera en que impacte o beneficie a la administración de justicia o los intereses particulares de no llevar a juicio ciertos procesos.

Segundo, con respecto a los mediadores, la ley se limita a indicar que pueden fungir como tales los particulares o los servidores públicos y a establecer el procedimiento para su elección, pero no desde la perspectiva de un perfil esperado o sus competencias y habilidades.

Tercero, en lo atinente a los asuntos tratables en una mediación se incluyen todos aquellos que concuerdan con los objetivos de la justicia restaurativa, pero, al momento de definir los efectos de los acuerdos, se percibe una tendencia a concebir la mediación desde la perspectiva puramente pecuniaria o económica. Con respecto a su procedencia, son tantas las limitantes que el espectro de acción de la figura queda bastante reducido.

Cuarto, dentro del ordenamiento procesal penal colombiano, la mediación y la conciliación son figuras independientes, pero las diferencias son de forma antes que de fondo. Esto resulta esperado si se tiene en cuenta que en el resto de países se consideran sinónimos y no coexisten en los ordenamientos, entre otras cuestiones, porque no hay diferencias fundamentales entre ellas.

Quinto, una de las principales dificultades frente a la presentación de la solicitud de mediación consiste en que el legislador permitió que esta se elevara ante el juez de conocimiento, favoreciendo la contaminación que esta información pueda generar en el juzgador, en el evento de que el acuerdo no se consiga.

Por otra parte, aunque la ley encargó a la fiscalía de indicar los aspectos relacionados con la capacitación de los mediadores y su evaluación, esta tarea no se realizó. En criterio de quien escribe, es preciso escindir a la mediación y a los programas de justicia restaurativa de los escenarios judiciales para que tengan éxito. En ese orden de ideas, los mediadores no deben ser funcionarios de la fiscalía ni de ninguna otra entidad que pueda tener interés hacia alguna de las partes en conflicto, sino que la labor debe recaer en cabeza de personas especializadas en resolución de controversias que tengan independencia de las instituciones de administración de justicia y que puedan dedicar a la puesta en escena de estas estrategias el tiempo y la dedicación que la labor demanda. Esta capacitación debe versar sobre aspectos como la teoría del conflicto y su resolución, las teorías de la comunicación y su relación con el manejo de disputas, así como de habilidades de empatía y reconocimiento de emociones, en otros, acompañado de horas suficientes de entrenamiento práctico. La elección de las personas aptas para recibir forma-

ción de mediadores debe estar determinada por un perfil claramente establecido y unas cualidades personales deseables, específicas.

La enorme responsabilidad que acompaña a quienes intervienen como facilitadores en la resolución de un conflicto, especialmente en el ámbito de lo penal, por la cantidad de intereses en juego, obliga a que el desempeño de los mediadores sea estrictamente evaluado y certificado. De esta manera se puede controlar que solo perfiles cualificados asuman el encargo y se materialicen los objetivos de la justicia restaurativa. Esta garantía redundante, por lo demás, en beneficios para la administración de justicia y los propósitos que, en materia procesal penal, se espera que la figura cumpla.

La capacitación de los mediadores exige la construcción de un currículo consistente y muy bien estructurado que le permita a la mediación salir de verdad a la luz y posicionarse como un auténtico programa de justicia restaurativa, en cuya virtud cada uno de los núcleos de formación sean coherentes y articulados a una visión del conflicto y su resolución, de cara a evitar mezclas que, sin un norte específico, conjugan teorías y modelos, en ocasiones del todo opuestos entre sí.

La existencia de una política criminal que haga una apuesta por la justicia restaurativa no puede dejar en manos de funcionarios sin formación el manejo de conflictos tan delicados como los derivados de la comisión de delitos; de allí la importancia de que la reglamentación de la mediación penal tenga un espacio en la agenda del sistema y sus necesarias reformas, a las cuales se ha pretendido aportar con este estudio.

De no producirse una reforma sustancial sobre la manera en que la figura debe operar, esta tendrá, en lo sucesivo, la misma suerte que corrieron los llamados mecanismos alternativos de solución de conflictos, en definitiva ineficaces para cumplir con el propósito que acompañó su creación.

El éxito de la mediación como programa de justicia restaurativa en Colombia está determinado por la menor probabilidad que tenga el proceso penal en curso de interferir en los acuerdos logrados por las partes y en la motivación de sus participantes. Ello no significa que los logros restaurativos de la mediación no puedan tener eventuales efectos dentro de dichos procesos, pero los mismos no pueden restringir su ejercicio y puesta en marcha. La mediación penal debe ser una posibilidad en los escenarios de post condena, como parte de la política criminal del Estado, y no solo como una acción paralela que puede o no desarrollarse en el curso de un proceso activo. Esta separación incluye una apuesta real por la interdisciplinariedad que se exige en un adecuado manejo de los conflictos. No se trata, entonces, de abolir el proceso penal, sino de crear un procedimiento que lo complemente.

El reto para el futuro, entonces, es consolidar un sistema de justicia restaurativa en materia penal encargado de poner en marcha las estrategias que le resultan propias (mediación y conciliación), que no esté en manos de las entidades públicas

ya constituidas, y que se encargue de la selección, formación y evaluación de los mediadores, en donde las partes puedan recurrir a resolver sus conflictos con la tranquilidad que da la independencia del proceso judicial en curso. De esta manera se disminuyen los riesgos de la privatización y se evita que la intención de las partes, al menos de los procesados, no sean las ganancias jurídicas, sino el interés por reparar a sus víctimas y construir una mejor sociedad.

Referencias

- Aguado, M. (2010). El papel de la mediación entre la familia y la escuela como prevención de la violencia. *Revista de Mediación* 3(6), 22-31.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Bogotá: Ariel.
- Barona, S. (2011). *Mediación Penal: fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Beck, E., Kropf, N., & Leonard, P. (2011). *Social work and restorative justice: Skills for dialogue, peacemaking, and reconciliation*. Oxford: Oxford University Press.
- Beristain, A. (1998). *Criminología y Victimología. Alternativas re-creadoras al delito*. Bogotá: Leyer.
- Berlo, D. (1984). *El proceso de la comunicación: Introducción a la teoría y a la práctica*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Bernal, F., & Molina, M. (2010). *Proceso Penal y Justicia Restaurativa: La necesaria búsqueda de soluciones fuera del sistema acusatorio*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Bernal, T. (2011). El camino de la mediación: un modelo de trabajo desde la práctica. En E. García-López (Comp.), *Mediación. Perspectivas desde la Psicología Jurídica* (pp. 41-93). México: Manual Moderno.
- Bianchi, E. (1975). Hacia un derecho penal privado. *Concilium* (107), 88-112.
- Bisquerra, R. (2012). *¿Cómo educar las emociones?* España: FAROS.
- Britto, D. (2010). *Justicia Restaurativa: Reflexiones sobre la experiencia en Colombia*. Ecuador: Universidad de Loja.
- Bush, R., & Folger, J. (2006). *La promesa de mediación*. Argentina: Gránica.
- Bustos, J., & Larrauri, E. (2000). *Victimología: Presente y futuro*. Bogotá: Temis.
- Castañer, V. (2011). *Justicia y Prácticas Restaurativas: Los Círculos Restaurativos y su aplicación en diversos ámbitos*. España: Fundación Universitaria Iberoamericana.
- Cobb, S. (2013). *Hablando de violencia*. EE.UU.: Oxford University Press.

- Costa, P. & McCrae, R. (2002). *Inventario de Personalidad NEO Revisado*. Madrid: TEA Ediciones.
- Del Val, T. (2015). *Mediación en materia penal*. Argentina: Cathedra Jurídica.
- Della Noce, D. (2010). Evaluative mediation: In search of practice competencies. *Conflict Resolution Quarterly*, 27(2), 193-214. doi: 10.1002/crq.255
- Demicheli, G. (2000). Comunicación y modelos de mediación: epistemología, teoría y técnicas. *Revista Estudios Sociales*, 106(4), 1-13.
- Departamento Nacional de Planeación (2015). *Análisis conceptual del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia en sus 25 años: Construyendo diálogo y paz para el futuro*. Bogotá: DNP.
- Díaz, A. (2010). La Experiencia de la Mediación Penal en Chile. *Política Criminal*, 5(9), 1-67. Recuperado de http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1.pdf
- Díaz, F. (2013). *Conflicto, mediación y conciliación desde una mirada restaurativa y psicojurídica*. Bogotá: Ibáñez-PUJ.
- Dilthey, W. (1951). *Psicología y teoría del conocimiento*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Domingo de la Fuente, V. (2008). Justicia Restaurativa y mediación penal. *Lex Nova*. 23, 1-41.
- Etxebarria, X. (2011). Justicia Restaurativa y fines del Derecho Penal. En M. Martínez y M. P. Sánchez (Eds.), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, (pp. 47-68). Madrid: Reus S. A.
- Eysenck, M. (2000). Cognition and emotion. En M. Eysenck & M. Keane. *Cognitive Psychology*, (pp.489-512). EEUU: Mc Graw Hill.
- Fernández, J., & Ortiz, M. (2008). *Los conflictos: cómo desarrollar habilidades como mediador*. Madrid: Pirámide.
- Fiscalía General de la Nación (2006a). *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Bogotá: FGN.
- Fiscalía General de la Nación (2006b). *Manual de Justicia Restaurativa*. Bogotá: FGN.
- Friedman, G., & Himmelstein, J. (2009). *Challenging Conflict: Mediation Through Understanding*. EEUU: Harvard Law School.
- Galain, P. (2010). *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- García-López, E. (2011). *Mediación. Perspectivas desde la psicología jurídica*. Bogotá: Manual Moderno.

- Gómez, M.; Molina, D., & Arana, M. (2013). Teoría de la mente en un grupo de personas vinculadas al conflicto armado y en proceso de resocialización. *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 4(2), 244-257.
- Hernández, G. (2011). La conciliación judicial como mecanismo para el logro de la Justicia Restaurativa. En E. García-López (Comp.). *Mediación. Perspectivas desde la psicología jurídica*. (pp. 159-186). México: Manual Moderno.
- Hudson, J. (2012). Contemporary Origins of Restorative Justice Programming: The Minnesota Restitution Center. *Federal Probation*, 76(2), 49-55.
- Junco, J. (2007). *La conciliación: Aspectos sustanciales y procesales y en el sistema acusatorio. Quinta edición*. Bogotá: Temis-Jurídica Radar.
- Ley 23 de 1991. Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 39.752. Congreso de la República de Colombia, marzo de 1991.
- Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Diario Oficial No. 43.335. Congreso de la República de Colombia, julio de 1998.
- Ley 600 de 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 44.097. Congreso de la República de Colombia, julio de 2000.
- Ley 640 de 2001. Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 44.303. Congreso de la República de Colombia, enero de 2001.
- Ley 890 de 2004. Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. Diario Oficial No. 45.602. Congreso de la República de Colombia, julio 2004.
- Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45.658. Congreso de la República de Colombia, septiembre de 2004. Bogotá: Ibáñez.
- López, M., & García-López, E. (2010). El perfil del mediador. En E. García-López (Ed.), *Fundamentos de Psicología Jurídica y Forense* (pp. 373-396). México: Oxford University Press.
- Márquez, A. (2007). La Justicia Restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos-Derechos y Valores* 10(20), 201-212.

- Márquez, A. (2012). *La conciliación penal como mecanismo de Justicia Restaurativa*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Martínez, M., & Sánchez, M. (2011). *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*. Madrid: Reus S. A.
- Martínez, M. (2011). Intersubjetividad y teoría de la mente. *Psicología del Desarrollo* 1(2), 9-28.
- Mathiesen, T.; Christie, N. & Hulsman, L. (1992). *Abolicionismo penal* (trad. M. Ciarfardini & M. Bondanza). Buenos Aires: Ediar.
- Mazo, M. (2013). La mediación como herramienta de la Justicia Restaurativa. *Opinión Jurídica*. 12(23), 99-114.
- McCold, P., & Wachtel, T. (2003). En busca de un paradigma: una teoría sobre la Justicia Restaurativa. *E Forum Restorative practices*, 10(15), 1-3.
- Méndez, A. (2004). *Perspectivas sobre comunicación y sociedad*. Valencia: Quiles.
- Morandé, P. (2000). *Familia y sociedad*. Chile: Universidad de Chile.
- Morin, E. (s. f.). Sobre la interdisciplinariedad. Recuperado de: file:///C:/Users/Andrea%20L/Downloads/morin_sobre_la_interdisciplinariedad%20(2)%20(2).pdf
- Morris, A., & Maxwell, G. (1996). Juvenile Justice in New Zeland: A new paradigm. *En Australian and New Zeland Journal of Criminology* (16), 72-90.
- Moya, M., & Reyes, C. (s. f.). Salidas alternativas y derecho de defensa. En J. Arias (Ed.), *Plan Nacional de Capacitación: sistema nacional de defensoría pública*. (pp. 171-332). Bogotá: Defensoría del Pueblo-USAID.
- NADRAC–Attorney General’s Department (1999). *A fair say. Managing Differences in Mediation and Conciliation*. Australia: NADRAC–AGD.
- Neuman, E. (2005). *La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa*. México: Porrúa.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2006). *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Viena: ONU.
- Olson, C. (2001). Aplicando la Mediación y los Procesos de Consenso en el marco de la Justicia Restaurativa. En E. Carranza (Coord.), *Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria: Respuestas posibles* (pp. 214-236). México: Siglo XXI.
- Ospina, V. (2013). Modalidad de suspensión del criterio de oportunidad. En M. Moya (Ed.), *La Defensa* (pp. 209-250). Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Ospina, V. (2016). *Análisis de la salida alterna “aceptación de cargos”: Cuestionamientos y propuestas desde la defensa pública*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.

- Pearce, B. (s. f.). *A brief introduction "the coordinated management of meaning (CMM)*. Recuperado de CMM Institute: <http://www.cmminstitute.net/sites/default/files/documents/A-brief-introduction-of-CMM-2002.pdf>
- Peña, H. (2012). *20 años del Sistema Nacional de Conciliación*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Peña, H. (2015). Mediación narrativa: técnicas y método para resolver conflictos en las organizaciones. *DIXI* 17(22), 1–22.
- Premack, D., & Wodruff, G. (1978). Behavioral and Brain Sciences. *Cambridge Journals*, 1(4), 515- 526. doi: <http://dx.doi.org/10.1017/S0140525X00076512>
- Redorta, J. (2004). *Mediación: Cómo analizar los conflictos*. Barcelona: Paidós.
- Rodríguez, L. (2012). Análisis de la Justicia Restaurativa en Materia de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia. *Anuario de Psicología Jurídica*, 22, 25-35.
- Rojas, C. (2009). *Justicia Restaurativa en el Código de Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Russell, B. (1905). On denoting. *Oxford Journals*, (56), 479-493.
- Salovey, P., & Mayer, J. (1997). Emotional intelligence. *Imagination, cognition and personality*, 9, 185- 211.
- Salvador, C., & García-López, E. (2010). Compromiso e inteligencia emocional en mediadores del poder judicial de Oaxaca. México: *Diversitas Perspectivas en Psicología*. 6(2), 375-387.
- Sampedro, J. (2003). *La humanización del proceso penal*. Bogotá: Legis.
- Saray, N. (2013). *Incidente de reparación integral de perjuicios en la Ley 906 de 2004*. Bogotá: FGN-Department of Justice.
- Sentencia C-1195 (2001, noviembre 15). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm>.
- Sentencia C-979 (2005, septiembre 26). M.P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-979-05.htm>.
- Shane, M. (1995). Differences between Mediation & Conciliation. *Dispute Resolution Journal*, 50(3), 31-33.
- Shannon, C., & Weaver, W. (1949). A Mathematical Theory of Communication. *The Bell System Technical Journal*, (27), 379–656.

- Strang, H. (2002). *Reparo o venganza: víctimas y Justicia Restaurativa*. Oxford: Clarendon.
- Tapias, A. (2015). *Victimología en América Latina*. Bogotá: Librería de la U.
- Tirapu, J.; Pérez, G.; Erekatxo, M., & Pelegrín, C. (2007). ¿Qué es la teoría de la mente? *Revista de Neurología*. 44(8), 479-489.
- Thorndike, E. (1935). *The Psychology of Wants, Interests, and Attitudes*. Londres: Appleton Century.
- Umbreit, M., & R. Coates (2000). *Implicaciones multiculturales de justicia restaurativa: escollos potenciales y peligros*. Washington (D.C.): Departamento de Justicia de EUA, Oficina de programas de Justicia y Oficina para las Víctimas del Crimen.
- Uribe, C. (2011). *Interdisciplinariedad en investigación: ¿colaboración, cruce o superación de las disciplinas?* Bogotá: PUJ.
- Ury, W., Fisher, R., & Patton B. (1995). *Sí...de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Bogotá: Norma.
- Van Ness, D., & Heetderks, K. (2015). A Brief History of Restorative Justice: The Development of a New Pattern of Thinking. En D. Van Ness & K. Heetderks (Eds.) *Restoring Justice* (Fifth Edition) (pp. 23-41) EE.UU.: Routledge.
- Velásquez, F. (2010). La Justicia Negociada: Un ejemplo del peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema. En F. Velásquez (Comp.), *Sistema Penal Acusatorio y nuevos retos* (pp. 13-42). Bogotá: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.
- Watzlawick, P., Beavin, J., & Jackson, D. (1985). *Teoría de la comunicación humana. Interacciones, patologías y paradojas*. Barcelona: Herder.
- Wechsler, D. (1940). Non-intellective factors in general intelligence. *Psychological Bulletin*, 37, 444-445.
- Wexler, D., & Winick, B. (2005). *Justicia Terapéutica: una visión general*. EEUU: Universidad de Arizona.
- Winslade, J. (2013). Welcome letter. *Narrative and conflict: Explorations in Theory and Practice*, 1(1), 1-3.
- Zehr, H. (2007). *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*. Estados Unidos: Good Books.

EL DERECHO A IMPUGNAR LA SENTENCIA CONDENATORIA*

THE RIGHT TO CHALLENGE THE GUILTY VERDICT

Luis Javier Moreno Ortiz**

Resumen

Este artículo pretende determinar tanto el sentido y alcance de la regla hermenéutica constitucional establecida en el inciso segundo del art. 93 de la Carta como el sentido y alcance, merced a la aplicación de dicha regla hermenéutica, del derecho a impugnar la sentencia condenatoria, previsto en el inciso cuarto del art. 29 *ibídem*. Para ello, se parte de la distinción entre este derecho y el derecho a la doble instancia reconocido en el art. 31 de la Constitución; se propone una hipótesis sobre lo que debe entenderse como interpretación de los derechos y deberes reconocidos en la Constitución conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Además, se presentan unos escenarios hipotéticos necesarios para captar los matices que brinda el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de este derecho; se analiza el ejercicio del referido derecho en cada escenario, con las dificultades que se siguen de la omisión del legislador de su deber de regularlo y de los efectos dados a la decisión de inexequibilidad en la Sentencia C-792 de 2014; y se concluye que, al tratarse de un derecho constitucional fundamental, su interpretación debe hacerse conforme al principio *pro homine*, de manera que sea lo más amplia posible y, merced a los principios de igualdad y de favorabilidad, su ejercicio debe estar regulado por la ley y no puede limitarse en el tiempo, a partir de un hito diferente a su reconocimiento por la Constitución o por un tratado internacional que haga parte del bloque de constitucionalidad.

Palabras claves

Derecho a impugnar la sentencia condenatoria, ejercicio del derecho a impugnar la sentencia condenatoria sin un régimen legal que lo regule, interpretación de la Constitución, interpretación de los derechos conforme a tratados internacionales, reglas hermenéuticas previstas en los tratados.

* Artículo reflexión, resultado del proyecto de investigación ‘Observatorio de Derecho Público’, adelantado por el autor en el Grupo de Investigación ‘CREAR’, de la Universidad Sergio Arboleda.

** El autor es Licenciado en Filosofía y Humanidades y Abogado de la Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda y Doctor en Derecho de esta misma casa de estudios.

Abstract

This article aims to determine both the meaning and scope of the constitutional hermeneutic rule established in the second subsection of art. 93 of the Charter as the meaning and scope, through the application of said hermeneutic rule, of the right to challenge the guilty verdict, provided for in the fourth paragraph of art. 29 *ibid.* In order to do so, it is based on the distinction between this right and the right to the double instance recognized in art. 31 of the Constitution; a hypothesis is proposed as to what should be understood as an interpretation of the rights and duties recognized in the Constitution in accordance with the international treaties on human rights ratified by Colombia; there are hypothetical scenarios necessary to capture the nuances that the Colombian legal system provides for the exercise of this right; the exercise of this right in each scenario is analyzed, with the difficulties that follow of the omission of the legislator of his duty to regulate it and of the effects given to the decision of unenforceability in Judgment C-792 of 2014; and concludes that, since it is a fundamental constitutional right, its interpretation must be made in accordance with the *pro homine* principle, so as to be as broad as possible and, by virtue of the principles of equality and favorability, its exercise must be regulated by Law and can not be limited in time, from a milestone different from its recognition by the Constitution or by an international treaty that is part of the constitutionality block.

Keywords

Exercise of the right to challenge the guilty verdict without a legal regime that regulates it, hermeneutic rules provided for in treaties, interpretation of the Constitution, interpretation of rights under international treaties, right to challenge the guilty verdict.

Introducción

La interpretación del texto de la Constitución es una actividad necesaria para establecer su contenido y alcance; esta tarea, en el caso colombiano, no es libre o abierta a cualquier tipo de hermenéutica, sino que tiene una serie de reglas constitucionales y legales que es preciso atender. El sentido de esta actividad depende de lo que se entienda por fuentes del derecho y de lo que se asuma como el papel o función del juez en un determinado contexto (Hinestrosa, 2010). En cuanto a las fuentes parece haber una transición, según lo destaca de manera temprana Fonseca (1992), que en buena parte es continuidad, entre la Ley 153 de 1887 y el art. 230 de la Constitución, lo cual determina un preciso rol del juez, marcado por el mandato del art. 48 de la primera, acorde con el cual el segundo debe decidir, en principio con fundamento en la ley, pero ante su silencio, oscuridad o insuficiencia, también debe resolver, so pena de incurrir en responsabilidad por denegación de justicia, con fundamento en las fuentes auxiliares.

Las reglas legales son más antiguas y, acaso por ello, más conocidas y aplicadas. Están contenidas en la parte primera de la Ley 153 de 1887, todavía vigente, relativa a las ‘reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes’. Estas reglas fueron pensadas y formuladas en un contexto diferente del actual, en el cual no se reconoce la supremacía de la Constitución, sino que, por el contrario, se presume de derecho la constitucionalidad de las leyes posteriores a ella, incluso si parecen contrarias a su texto. En efecto, el art. 6° de la ley en comento preveía que “[u]na

disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución". Las implicaciones de esta presunción en el constitucionalismo colombiano han sido analizadas por la doctrina (Cifuentes, 2000; López, 2006; y, Mendieta, 2010).

Si bien las reglas en comento se centran en el fenómeno de la ley y su interpretación, a partir de la convicción de que su texto es, la mayoría de las veces, claro y solo de manera excepcional incongruente, oscuro o dudoso, esta convicción también se extiende a la Constitución al prever que los principios de derecho natural y las reglas de la jurisprudencia "servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos" (art. 4 *ibídem*), lo cual implica que no se requiere de ellos, valga decir, que no servirán para ilustrarla, en casos no dudosos.

Además de esta alusión a lo que podría tenerse como reglas legales para la interpretación de la Constitución, la ley en cita también prevé que "[l]a doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes" (art. 4), lo cual armoniza con lo previsto más adelante en cuanto a que, si la ley "no fuere disposición terminante, sino oscura o deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe" (art. 6), de tal suerte que la doctrina constitucional, al igual que la equidad natural, la crítica y la hermenéutica, "servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (art. 5). La doctrina constitucional también puede ser útil cuando se está ante un vacío o laguna legal, pues, "[c]uando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho" (art. 8).

En el año 1910, con el Acto Legislativo 3, al introducirse el principio de supremacía de la Constitución y, con ello, la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la ley, incluso si esta es posterior a aquella, las reglas de la Ley 153 de 1887 experimentan un importante cambio (Gómez, 2001; Moreno, 2010; y, Cajas, 2015). No obstante, el asumir la supremacía normativa de la Constitución no implicó de manera necesaria renunciar a la hoy en día centenaria convicción de que el texto de la ley es claro y que sólo cuando ello no sea así, es menester el auxilio de la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina, a los que la actual Constitución reconoce como "criterios auxiliares de la actividad judicial" (art. 230), conforme lo sostienen Tamayo & Jaramillo (2012).

Las reglas constitucionales no son tan visibles ni evidentes como las antedichas reglas legales. Se encuentran inmersas en la parte final del Capítulo IV del Título II de la Constitución, que regula la especie de la protección y aplicación de los derechos dentro del género de los derechos, las garantías y los deberes, conforme a los añejos y todavía útiles criterios de clasificación aristotélicos. Esta poca visibilidad quizá se deba a las formidables instituciones que las preceden y que pueden tenerse, con razón, como las principales y más valiosas novedades de la Constitución de 1991, entre las cuales sobresalen el principio de buena fe, la aplicación inmediata

de las normas que reconocen algunos derechos, la acción de tutela, la acción de cumplimiento, las acciones populares y de grupo y la responsabilidad patrimonial del Estado.

La existencia de reglas constitucionales para interpretar la Constitución es una verdadera novedad en la tradición jurídica nacional, pues, como se acaba de ver, la Constitución de 1886 no se ocupaba de esta materia, que fue asumida por la Ley 153 de 1887, y tampoco hubo una consciente y clara intención de hacerlo en las numerosas reformas que se le hicieron a la Carta en su centenaria existencia. De esta novedad ha tomado nota la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Arango, 2004; Olano, 2005), al estudiar el fenómeno del bloque de constitucionalidad. Esta nueva visión también converge con desarrollos recientes en torno al fenómeno del control de convencionalidad y al principio de interpretación conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos (Henderson, 2004; Sagüés, 2010; Ferrer, 2011; Santolaya, 2013; y, Caballero, 2011).

Estas reglas están previstas en el inciso segundo del art. 93 y en el art. 94 de la Constitución y su sujeta materia es la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos y a los deberes. La primera de ellas, suele confundirse con la contenida en el inciso primero del mismo artículo, relativa al bloque de constitucionalidad en sentido normativo, valga decir, de las normas jurídicas que tienen rango y jerarquía de normas constitucionales, así no estén contenidas en el texto de la Constitución, sino en tratados internacionales sobre derechos humanos. Esta confusión genera notables dificultades, pues, a pesar de estar en el mismo artículo, el alcance de las dos reglas es disímil, tanto en su supuesto de hecho como en su consecuencia de derecho.

El supuesto de hecho de la primera norma, plasmada en el primer inciso del art. 93 de la Constitución, se funda en tres condiciones: (i) que se trate de un tratado o convenio internacional ratificado por la República (es un *lapsus calami* decir ratificados por el Congreso, pues este aprueba, pero no ratifica tratados o convenios); (ii) que el tratado o convenio reconozca derechos humanos; y (iii) que el tratado o convenio prohíba la limitación de tales derechos en los estados de excepción. La segunda norma, contenida en el segundo inciso del mismo artículo, solo prevé las dos primeras condiciones y, vale la pena destacarlo, lo hace sin incurrir en el antedicho *lapsus calami*. Es obvio que al no exigirse en el supuesto de hecho de la segunda regla la tercera condición, el conjunto de posibles tratados o convenios o, en rigor, de contenido de los mismos, que satisface este supuesto de hecho será mayor al conjunto que satisfaga tal condición, como se analizará en el desarrollo de este escrito.

La consecuencia de derecho de la primera norma es la prevalencia en el orden interno, mientras que la de la segunda es el deber de interpretación conforme a los tratados o convenios. La prevalencia puede tener importantes efectos normativos al brindar a normas contenidas en los convenios o tratados, al menos, el mismo rango y jerarquía de las normas contenidas en la Constitución, como lo sostiene la

Corte Constitucional en su doctrina del bloque de constitucionalidad, o un rango y jerarquía que podría ser superior, como podría seguirse de los argumentos dados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su doctrina del control de convencionalidad, o como podría sostenerse en un momento dado para proponer un desarrollo de la doctrina de la Corte Constitucional sobre la sustitución de la Constitución.

La interpretación conforme tiene, sin duda, efectos hermenéuticos, al brindar un referente necesario (nótese que la Constitución no fija condiciones, como lo hacían las reglas legales examinadas, al referirse a “ilustrar la Constitución en casos dudosos”), que tiene consecuencias tanto para la inteligencia de la propia Constitución como de la ley. Las tiene para la Constitución, en cuanto atañe a los derechos y deberes que reconoce, los cuales deben interpretarse siempre conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Las tiene para la ley, porque esta debe interpretarse siempre del modo más conforme con la Constitución, de lo que se sigue, como consecuencia obvia, que la ley debe interpretarse, en tanto desarrolle o regule derechos y deberes reconocidos por la Constitución, conforme a dichos tratados.

La segunda regla, contenida en el art. 94 de la Constitución, es más compleja y difícil que la anterior, en la medida en que emplea referentes no normativos y, lo que es más delicado para una mentalidad positiva, no textuales. Su supuesto de hecho es el vacío de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, circunstancia poco frecuente en la práctica, pues, para poder aplicarse, se requiere que ninguno de los anteriores textos reconozca de forma expresa un derecho (de ahí la alusión que la doctrina hace a los derechos innominados). Su consecuencia de derecho es que este vacío no debe entenderse como negación de otros derechos que sean inherentes a la persona humana. Se trata, pues, de una prohibición hermenéutica que impide al operador jurídico atribuir al vacío o a las omisiones de la Constitución y de los tratados la consecuencia de negar un derecho inherente a la persona humana.

El esbozo de las reglas existentes para interpretar la Constitución, en especial de la primera de las reglas constitucionales, la prevista en el inciso segundo del art. 93, brinda el contexto para la presente investigación, cuyo propósito es interpretar conforme a dicha regla el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, reconocido por el art. 29 de la Constitución a quien sea sindicado. No se trata, como podría pensarse a primera vista, de un mero estudio de caso o de la crítica de la Sentencia C-792 de 2014, sino de algo de mayor calado, esto es, de plantear el problema de cómo debe interpretarse el referido derecho conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y, sobre todo, de establecer cuál o cuáles son los referentes relevantes de dichos tratados al momento de realizar la susodicha interpretación.

Se propone, pues, un ejercicio que pretende combinar la necesaria profundidad teórica de una investigación científica sobre el sentido y alcance de la regla de

hermenéutica constitucional de interpretación de los derechos y deberes constitucionales conforme a tratados internacionales, con la no menos necesaria utilidad práctica de una investigación científica sobre el sentido y alcance de un derecho en particular: el derecho del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria, que tiene notables implicaciones constitucionales, penales y procesales para nuestra realidad.

Para que este propósito sea posible es necesario asumir, como punto de partida, conforme lo hace la Corte Constitucional en la aludida sentencia, la distinción entre el derecho a impugnar la sentencia condenatoria y la doble instancia. Alindorado el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, se debe asumir la tarea de interpretar la regla hermenéutica del inciso segundo del art. 93 de la Constitución y, al hacerlo, proponer una hipótesis al respecto, al menos a partir de dos de los referentes más reconocidos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Fijados así el parámetro constitucional y su interpretación, se debe elaborar un discurso que, sin dejar de ser abstracto, responda de manera adecuada a las diversas situaciones que en nuestro ordenamiento jurídico pueden darse, por medio de escenarios hipotéticos, a fin de no simplificar en exceso la cuestión y de evitar, con ello, un análisis irrespetuoso de las particularidades de cada situación general posible. Determinados los escenarios o espacios hipotéticos, se procederá a interpretar el derecho en cada uno de ellos y, en esta actividad, se considerarán las dificultades que tiene su ejercicio en el tiempo y las circunstancias que se siguen de la omisión del legislador de su deber de regular dicho ejercicio.

La distinción entre el derecho a impugnar la sentencia condenatoria y la doble instancia

Un presupuesto necesario para el análisis del derecho a impugnar la sentencia condenatoria es el de superar la confusión existente entre este y el derecho a apelar o a la consulta de una sentencia judicial. Si bien entre ambos derechos hay varios aspectos en común, que podrían situarlos en un mismo género: el derecho a impugnar sentencias, existen, como se verá en detalle, aspectos que permiten diferenciarlos y que hacen de ellos dos especies distintas.

Una primera aproximación a los derechos en comento, en el plano solo normativo constitucional, revela que su regulación está contenida en diferentes artículos de la Carta: en el inciso cuarto del art. 29 (derecho a impugnar la sentencia condenatoria) y en el inciso primero del art. 31 (derecho a apelar la sentencia judicial o a la consulta de la misma). En el primero, al ocuparse del proceso criminal, que es el único en el cual existe el sujeto procesal del sindicado, la Constitución prevé que:

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a contro-

vertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

En el segundo, al hacer referencia sin distinciones a las sentencias proferidas por los jueces de la República, la Constitución dispone que “[t]oda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”. Las dos regulaciones constitucionales transcritas tienen en común el reconocer a las personas el derecho a impugnar sentencias, circunstancia que acaso haya propiciado la confusión entre ambas para sostener que se trata del mismo derecho. No obstante, existen aspectos objetivos distintos, como son los relativos al sujeto del derecho, a su objeto, al contexto de su ejercicio y al margen de configuración del legislador. En efecto:

(i) El sujeto del derecho a apelar las sentencias judiciales o a la consulta de las mismas, aunque no se dice de forma expresa, es cualquier persona que sea sujeto procesal o que tenga tal condición. El sujeto del derecho a impugnar la sentencia condenatoria, según la previsión clara de la norma constitucional, es solo el sindicado, de tal suerte que otros sujetos procesales del proceso penal, como la fiscalía o las víctimas, u otros intervinientes, como el ministerio público, no son titulares de este derecho;

(ii) El objeto del derecho previsto en el art. 31 tiene una determinación precisa, pues se refiere a apelar o a la consulta de sentencias judiciales, por lo que en él no hay cabida para otros recursos ordinarios o extraordinarios, ni para otro tipo de mecanismos de protección de derechos. El objeto del derecho reconocido en el artículo 29 está menos determinado, puesto que se refiere a impugnar la sentencia, lo cual puede hacerse a través de diversos medios de impugnación, entre ellos los recursos y, dentro de estos, el de apelación, de tal suerte que no es posible identificar apelación con impugnación, siendo esta última categoría mucho más amplia que la primera;

(iii) El contexto del derecho a apelar las sentencias judiciales o a su consulta está dado por dos pautas objetivas: una, que se trate de una sentencia judicial, lo cual excluye otro tipo de providencias judiciales, como son los autos, y, otra, que esta sentencia haya sido proferida por una autoridad que cumpla funciones judiciales, sea que se interprete de manera restringida para afirmar que esta autoridad debe ser siempre un juez, o que ello se haga de forma más amplia para incluir también autoridades administrativas, particulares u otras de las autoridades que cumplen funciones judiciales según lo previsto en el artículo 116 de la Carta. El contexto del derecho a impugnar la sentencia condenatoria, si bien puede enmarcarse dentro de las antedichas pautas objetivas, requiere de una tercera pauta específica: que se trate de una sentencia proferida por un juez penal, pues en procesos distintos al penal no existe el sujeto procesal del sindicado. Este contexto también puede interpretarse de manera restringida para sostener que solo son jueces penales las autoridades judiciales de la jurisdicción ordinaria (jueces, tribunales y sala de casación penal de

la Corte Suprema de Justicia), o de manera más amplia para incluir, además, a los jueces penales militares y a la justicia indígena;

(iv) Como ya se advirtió, el margen de configuración del legislador respecto del derecho a apelar sentencias judiciales o a su consulta es amplio, en la medida en que la propia Constitución faculta a esta autoridad para establecer excepciones a la regla, sin mayores condiciones o exigencias. Respecto del derecho a impugnar la sentencia condenatoria no existe una autorización constitucional semejante en términos explícitos, ni parece poder haberla en términos implícitos, pues este derecho tiene, en tanto garantía del sindicado, un papel equivalente al derecho a la defensa, a la asistencia de un abogado, a presentar y controvertir pruebas y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, como garantía mínima e irrenunciable. En estas condiciones el margen de configuración del legislador es mucho más reducido, para permitirle, por ejemplo, regular el modo de ejercer el derecho, valga decir, si se trata de un recurso o de otro instrumento, pero no para establecer excepciones al mismo, bajo la forma de prohibiciones o de exclusiones, referidas a la persona del sindicado, al tipo de delito o al juez penal que profiere la sentencia.

En vista de las anteriores circunstancias, no debe generar sorpresa que las normas contentivas de las excepciones previstas por la ley al derecho a apelar la sentencia judicial o a su consulta, hayan sido declaradas exequibles por la Corte Constitucional en diversas oportunidades, incluso en el contexto del proceso penal. Así ha ocurrido respecto de las sentencias de los jueces de familia (Sentencias C-1005 de 2005 y C-718 de 2012), de los jueces administrativos (Sentencia C-040 de 2002), de los jueces civiles especializados en restitución de tierras (Sentencia C-099 de 2013), de los jueces civiles (Sentencias C-103 de 2005 y C-726 de 2014), e incluso de los jueces penales (Sentencias C-411 de 1997 y C-934 de 2006).

Si se dejan de lado los procesos distintos al penal, para los cuales es irrelevante el derecho del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria, dado que en ellos no existe sindicado, al haberse centrado el análisis constitucional de las normas penales o procesales penales que impiden la impugnación de la sentencia condenatoria en el marco previsto en el art. 31 de la Constitución, no era irrazonable que la conclusión fuese la de que su titular no tiene derecho a apelar o a la consulta de la sentencia proferida por el juez penal. Sin embargo, este análisis específico, que *prima facie* puede parecer irreprochable, omite considerar el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, previsto en el inciso cuarto del art. 29 de la Constitución, a partir del cual la circunstancia de que el derecho a apelar la sentencia judicial admita excepciones (fijadas por la ley) no es suficiente para desconocer las garantías mínimas del sindicado en el proceso penal, una de las cuales es el derecho a impugnar la sentencia condenatoria (Moreno & Lozano (2011).

El comprensible proceder de la Corte Constitucional, pero no por ello irreprochable, dado que omitir considerar el derecho fundamental del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria –además de la afectación de la Carta Política implica la vulneración de, al menos, dos normas contenidas en tratados internacionales

sobre derechos humanos, como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad–, fue, en buena hora, rectificado en la Sentencia C-792 de 2014, en la cual se reconocen de manera expresa las diferencias existentes entre los derechos *sub examine*.

La interpretación del derecho del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos

Luego de distinguir entre el derecho de toda persona que hace parte de un proceso judicial, valga decir, que es un sujeto procesal o un interviniente, a impugnar la sentencia o a que se surta la consulta de la misma, del derecho del sindicado en el proceso penal a impugnar la sentencia condenatoria, podría pensarse que el texto del cuarto inciso del art. 29 es bastante claro para, en los términos de la Ley 153 de 1887 (el referente hermenéutico más conocido), que no sea necesario proceder a interpretarlo, pues su sentido es unívoco.

Como se propuso en la introducción de este estudio, la hermenéutica de la Constitución, cuando se trata de derechos y deberes y de su sentido y alcance, no está regida por las reglas de la Ley 153 de 1887, ni tampoco es un asunto librado al discernimiento de los operadores jurídicos. En efecto, según lo previsto en el segundo inciso del art. 93 de la Carta, los derechos y deberes reconocidos en ella se interpretarán conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El mandato constitucional no entra en las distinciones decimonónicas, propias de la Ley 153 de 1887, entre textos claros y oscuros, ni califica a los susodichos tratados como fuentes auxiliares. Según este mandato todos los derechos y deberes constitucionales, en todos los casos, deben interpretarse conforme a los tratados internacionales, al punto de que podría hablarse del principio de interpretación conforme a los tratados de los derechos y deberes. Así, pues, los tratados en comentario son un elemento de juicio indispensable al momento de establecer el alcance y el sentido de tales derechos y no una mera opción a considerar. Esta es la hipótesis que se sostiene en este escrito y es, también, la que permite comprender, en el análisis concreto, el sentido y alcance del derecho del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria.

El ejercicio de interpretación que se propone del aludido derecho constitucional está incompleto, como también lo está, valga decirlo, en la Sentencia C-792 de 2014, pues solo emplea dos tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando en rigor, debería atender también a los demás. En este sentido la aproximación que se propone debe ser mejorada, aunque con lo que se hace es suficiente para demostrar las implicaciones de la hipótesis planteada.

La interpretación conforme a los tratados debe examinarse a partir de dos cuestiones, que no son en modo alguno incompatibles, a saber: el derecho constitucional debe interpretarse conforme al derecho humano correspondiente del tratado o el derecho constitucional debe interpretarse conforme a las reglas hermenéuticas previstas en el tratado. Para configurar la hipótesis planteada, se propone responder de manera afirmativa ambas cuestiones, es decir, que la interpretación conforme al tratado del derecho implica tanto interpretarlo conforme al derecho humano correspondiente como a las reglas hermenéuticas previstas en el tratado, en un ejercicio sistemático que, vale la pena no desconocerlo, puede resultar complejo. Este escenario podría ser aún más difícil si se considera, como lo hace de forma explícita la Corte Constitucional (Sentencia C-327 de 2016), la interpretación conforme a la Constitución de los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo cual exige una hermenéutica sistemática de doble vía, que puede ser incluso más complicada. Sin entrar, de momento en esta hondura, se debe explorar la interpretación conforme al tratado, a partir de las dos opciones propuestas.

Si se sigue la primera opción, se encuentra que el derecho humano que corresponde al derecho constitucional del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria, está previsto en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En efecto, el referido art. 8, relativo a las garantías judiciales, prevé en su numeral 2 una serie de garantías mínimas para “[t]oda persona inculpada de delito” durante el proceso, entre las cuales se encuentra, en el literal h, el “derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”; y el mencionado artículo, en su numeral 5, dispone que “[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Es evidente que el derecho constitucional en mención, que es un derecho fundamental, coincide de manera precisa con los derechos humanos reconocidos en tales tratados, en sus aspectos definitorios, a saber: (i) su titular es el sindicado, inculcado o declarado culpable de un delito; (ii) su objeto es impugnar, recurrir o someter ante un tribunal superior la sentencia condenatoria. Hay, sin embargo, una diferencia que puede ser relevante, pues la Constitución no se refiere a un tribunal superior, sino que reconoce el derecho a impugnar la sentencia condenatoria sin mayores distinciones, mientras que ambos tratados si se refieren de forma expresa a dicho tribunal superior, con lo cual parecería, al menos *prima facie*, que el texto constitucional adopta una forma amplia: “impugnar”, en la cual cabrían diversos medios de impugnación o recursos que pueden no ser siempre el de apelación, mientras que el texto de los tratados parece adoptar una forma más restringida y referirse a recursos que se conocen por un juez o tribunal superior, circunstancia que en el contexto del ordenamiento jurídico colombiano parece encajar de manera precisa con el recurso de apelación y de manera imprecisa, aunque posible, en los medios de impugnación extraordinarios de casación y de revisión.

Si se sigue la segunda opción, es menester considerar los arts. 27 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los arts. 4 y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En efecto, para interpretar un derecho, antes de considerar su hermenéutica, es necesario determinar si, conforme al texto del tratado, es de aquellos que pueden o no suspenderse, incluso bajo estados de excepción, valga decir, si se trata de un derecho intangible. Por ello, se deben aplicar los referidos arts. 27 y 4, para determinar si los derechos reconocidos en los arts. 8 y 14 tienen tal condición y, al hacerlo, se constata que no son derechos intangibles, por lo que sí pueden suspenderse de manera excepcional, siempre que sea estrictamente necesario dadas las circunstancias.

En vista de que no se trata de derechos intangibles, se debe proceder al análisis de las normas hermenéuticas de ambos tratados, previstas en los siguientes términos:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 5.

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Estas normas resultan cruciales al momento de interpretar tanto los derechos humanos reconocidos por los tratados como los derechos y deberes previstos en la Constitución Política, pues establecen, en lo relevante para este asunto, una serie de límites y de criterios al momento de señalar el alcance y sentido de los derechos

constitucionales. En cuanto a los límites, se debe destacar el límite común de que no se puede suprimir o limitar los derechos en mayor medida que la prevista en los tratados. En relación con los criterios, se debe señalar el de que cuando concurren varias normas, sean internacionales o nacionales, en el reconocimiento del derecho, no se puede optar por aquella que los reconoce en menor grado, sino que se debe seguir aquella que los reconoce en mayor grado, es decir, de modo más favorable al ser humano (principio *pro homine*).

Conforme a estas pautas es posible concluir, incluso antes de estudiar los escenarios hipotéticos, de manera general, que: (i) tanto en la Constitución como en los tratados se reconoce el derecho del sindicado, inculcado o declarado culpable en un proceso penal a impugnar o recurrir la sentencia condenatoria, de manera que impedir o limitar el goce y ejercicio de este derecho vulnera la Constitución y desconoce los referidos tratados, de lo que puede seguirse la responsabilidad de las personas que impiden o limitan y del propio Estado; (ii) ni la Constitución ni los tratados limitan de forma expresa el derecho a partir de la circunstancia del juez que profiere la sentencia, aunque así podría seguirse de la recurrente mención que se hace en los tratados del juez o tribunal superior. Lo relevante para el ejercicio del derecho en comento parece ser que una persona haya sido condenada por un juez en un proceso penal, lo que puede acaecer en el contexto colombiano en múltiples y variados escenarios hipotéticos, como pasa a verse.

Los escenarios hipotéticos para el ejercicio del derecho a impugnar la sentencia condenatoria

La condena del sindicado en el proceso penal, valga decir, su declaración de responsabilidad, puede acaecer en diversas circunstancias teóricas. De ellas se puede dar cuenta, a partir del diseño normativo del proceso, en especial de la competencia de cada juez o tribunal y de los recursos existentes, por medio de una serie de escenarios hipotéticos, que van de la situación más común: la del ciudadano de la calle, hasta la del que se desempeña como servidor público en un cargo de alta responsabilidad, como es el caso de los aforados constitucionales.

La existencia simultánea de dos procedimientos penales: los previstos en las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, que tienen entre sí notables diferencias, unida a la multiplicidad de autoridades judiciales en materia penal: jueces (municipales, del circuito y del circuito especializados), tribunales y Corte Suprema de Justicia, generan una serie de variables complejas, que es necesario analizar en detalle.

La Ley 600 de 2000, conforme a lo dispuesto en el art. 533 de la Ley 906 de 2004, solo se aplica al supuesto previsto en el art. 235.3 de la Constitución, que regula la investigación y el juzgamiento de los miembros del Congreso. Esta situación excepcional no incide en la tarea de plantear los escenarios hipotéticos, pues, en todo caso, en estos eventos se mantiene inalterada la competencia de la Corte Suprema de Justicia, que es el factor relevante para tal propósito. Por ello, no es necesario profundizar en el análisis de esta circunstancia.

La conducta del ciudadano de la calle, con independencia de su gravedad, es conocida y juzgada por un juez de la República. La mayoría de las veces este juez es el municipal, al que se le otorga competencia para ocuparse de asuntos que suelen ser corrientes en su existencia como las lesiones personales, los crímenes de menor cuantía contra el patrimonio económico, los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, e incluso de los delitos contra los animales, entre otros (art. 37 de la Ley 906 de 2004 modificado por las Leyes 1142 de 2007, 1273 de 2009 y 1774 de 2016). Si la conducta es muy grave, como ocurre en general con la que implica la infracción al derecho internacional humanitario y la comisión de genocidio, delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra, o con los delitos propios de las organizaciones criminales, o de los que tienen relación con el terrorismo, el narcotráfico y el lavado de activos, entre otros, según lo dispuesto en el art. 35 de la Ley 906 de 2004, la competencia es del juez penal del circuito especializado. Por último, las conductas que no se enmarquen dentro de las competencias de los dos jueces anteriores, conforme a lo previsto en el art. 36 de la Ley 906 de 2004, corresponden al juez penal del circuito. Para el propósito de plantear los escenarios hipotéticos, no es necesario ahondar en estas competencias, en la medida en que el recurso de apelación contra las sentencias proferidas por cualquiera de estos jueces debe ser resuelto, al tenor de lo dispuesto en los arts. 33 y 34 de la Ley 906 de 2004, por el tribunal superior de distrito judicial.

La conducta de algunos ciudadanos, que tienen la condición de servidores públicos, es conocida y juzgada por los tribunales superiores de distrito judicial o por la propia Corte Suprema de Justicia. Tal es el caso de los jueces, procuradores, personeros y fiscales, cuando actúan en el proceso penal, cuya conducta es conocida y juzgada por los tribunales superiores de distrito judicial (arts. 33.2 y 34.2 de la Ley 906 de 2004), y de los servidores enunciados en los arts. 174 y 235 de la Constitución, entre los cuales se encuentra el presidente de la República, los ministros del despacho, los magistrados de las cortes de cierre, el fiscal general de la nación, el procurador general de la nación, el defensor del pueblo, el contralor general de la república, los agentes del ministerio público los congresistas y el registrador nacional del estado civil, entre otros, cuya conducta es conocida y juzgada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, conforme a lo previsto en el art. 32 de la Ley 906 de 2004.

Sobre la base de las antedichas competencias, es posible plantear cuatro posibles escenarios hipotéticos respecto del ciudadano de la calle en el contexto del proceso penal, como pasa a verse. En efecto, a partir de la circunstancia de que el ciudadano sea condenado por el juez (municipal, del circuito o del circuito especializado), se configura el primer escenario hipotético, que no ofrece ningún problema respecto del derecho a impugnar la sentencia condenatoria, pues la ley reconoce este derecho y regula su ejercicio (arts. 20, 176 y 179 de la Ley 906 de 2004), de tal suerte que la decisión pasa a ser revisada por su superior jerárquico: el tribunal superior de distrito judicial respectivo (arts. 33.1 y 34.1 de la Ley 906 de 2004). No obstante, si el ciudadano no es condenado por el juez y los sujetos procesales o intervinientes, conforme a lo previsto en el artículo 176 de la Ley 906 de 2004, apelan

la sentencia absolutoria, se presenta la circunstancia de que el tribunal revisará su conducta dando lugar al planteamiento de los escenarios hipotéticos siguientes.

El segundo escenario se configura si el tribunal decide confirmar la sentencia absolutoria. Este escenario tampoco genera problemas para el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, dado que, por sustracción de materia, no existe una sentencia condenatoria, de tal suerte que el sindicado carece de interés alguno para impugnar la sentencia que lo absuelve.

No puede decirse lo mismo del tercer escenario, que se configura si el tribunal decide revocar la sentencia absolutoria y, en su lugar, condenar al ciudadano. Al sobrevenir la condena en el trámite de la segunda instancia, el derecho del ciudadano a impugnar la sentencia condenatoria queda muy restringido. En efecto, no le es posible ejercer el derecho de apelación, previsto solo para las sentencias dictadas por el tribunal en primera instancia (art. 32.3 de la Ley 906 de 2004), sino que apenas estarían a su alcance –en el evento de configurarse alguna de sus causales– los recursos extraordinarios de casación y de revisión y la acción de tutela.

La situación del segundo escenario puede cambiar si los intervinientes recurren en casación la sentencia absolutoria (art. 182 de la Ley 906 de 2004) y la Corte Suprema de Justicia decide revocar la sentencia del tribunal y, en su reemplazo, profiere una sentencia condenatoria, dando lugar a un cuarto escenario hipotético. La suerte del ciudadano en este escenario es peor que la del tercer escenario, pues ya no tiene a su alcance el recurso de casación y sus posibilidades de impugnar la sentencia condenatoria se reducen al recurso extraordinario de revisión y a la acción de tutela.

A los cuatro escenarios hipotéticos que es posible plantear para el ciudadano de la calle, es necesario agregar los que corresponden a los dos grupos de servidores públicos que tienen un tratamiento especial en su juzgamiento, valga decir, a las personas juzgadas por el tribunal superior de distrito judicial y por la Corte Suprema de Justicia, como se hace enseguida.

Respecto de las personas cuya conducta juzga el tribunal es posible plantear escenarios hipotéticos análogos a los tres primeros. En efecto, si la sentencia es condenatoria, lo cual configura el quinto escenario hipotético, no hay reparo alguno respecto del derecho a impugnar la sentencia condenatoria, pues el art. 32.3 de la Ley 906 de 2004 prevé que esta es apelable ante su superior jerárquico: la Corte Suprema de Justicia; si la sentencia es absolutoria y no se impugna, lo cual configuraría el sexto escenario hipotético, tampoco habría reparo porque, por sustracción de materia, el sindicado carecería de interés en impugnarla; no obstante, la situación cambia si la sentencia es absolutoria, se impugna y en el trámite del recurso de apelación la Corte Suprema de Justicia decide revocarla y, en su lugar, proferir una condena, que es el séptimo escenario, pues en este evento la sentencia solo sería susceptible de cuestionarse por medio del recurso extraordinario de revisión y por la acción de tutela, en una situación tan limitada como la ya descrita en el cuarto escenario.

Respecto de las personas cuya conducta juzga la Corte Suprema de Justicia se pueden configurar los dos escenarios restantes. El octavo, cuando la sentencia es absolutoria, en el cual se reitera la no afectación del derecho del sindicato por sustracción de materia. Y el noveno, cuando la sentencia es condenatoria, en el cual se está en la misma situación de los escenarios cuarto y séptimo, es decir, con la limitada posibilidad de impugnar la sentencia por medio del recurso extraordinario de revisión y por la acción de tutela.

No es posible plantear otros espacios hipotéticos, en razón a las posibles variables que ocurrirían merced al recurso extraordinario de revisión y a la acción de tutela contra providencias judiciales. Y no lo es, porque en el trámite de dicho recurso solo se profiere una decisión de fondo, cuando se encuentra configurado el fenómeno de la prescripción de la acción penal, la ilegitimidad del querellante, la caducidad de la querrela, la extinción de la acción penal o un cambio de criterio favorable al condenado, circunstancias en las cuales este no tiene ningún interés para recurrir o impugnar, y en los demás casos la actuación se devuelve a un despacho de la misma categoría del autor de la decisión para que tramite de nuevo el proceso, con lo cual se reabre lo dicho en los nueve escenarios ya planteados. Y tampoco lo es, porque, si bien en el trámite de la acción de tutela, ya sea de manera provisional o ya definitiva, se puede amparar el derecho fundamental y, en consecuencia, dejar sin efectos la sentencia judicial, en todo caso el juez constitucional no puede proferir una sentencia de reemplazo, sino que ordena al juez ordinario que lo haga, con lo cual se abren de nuevo los conocidos escenarios.

En síntesis, para el ejercicio del derecho del sindicato a impugnar la sentencia condenatoria el primero, el segundo, el quinto, el sexto y el octavo de los escenarios hipotéticos no ofrecen ninguna dificultad, pues en todos ellos el ordenamiento jurídico lo reconoce y garantiza. Sin embargo, en casi la mitad de ellos: el tercero, el cuarto, el séptimo y el noveno, el ejercicio de este derecho sufre importantes restricciones, que son menos severas en el tercer escenario, en el que puede proceder el recurso extraordinario de casación, y más severas en los demás, en los cuales no procede este medio de impugnación.

En vista de la anterior circunstancia corresponde analizar las condiciones normativas para el ejercicio del derecho a impugnar la sentencia condenatoria en los cuatro últimos escenarios hipotéticos, los cuales representan un verdadero problema para el ejercicio del derecho en comento, a partir de la consideración de los recursos extraordinarios de casación y de revisión y de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Las condiciones normativas para el ejercicio del derecho a impugnar la sentencia condenatoria

En el contexto de los escenarios hipotéticos comentados, en los cuales existen restricciones al ejercicio del derecho del sindicato a impugnar la sentencia condenatoria, es necesario considerar las condiciones de los medios de impugnación existentes: los recursos extraordinarios de casación –que solo procede en el tercer

escenario– y de revisión –que procede en todos los escenarios–, y de la acción de tutela contra providencias judiciales.

De entrada, además de la condición excepcional y extraordinaria de las alternativas disponibles, conviene hacer una distinción que puede resultar importante para el análisis ulterior, en torno a la circunstancia prevista en los tratados internacionales examinados, de que la sentencia objeto de la impugnación sea revisada por un tribunal de superior jerarquía. Esta circunstancia puede reconocerse siempre en el trámite del recurso de casación y algunas veces en el trámite del recurso de revisión, cuando el autor de la providencia no es la Corte Suprema de Justicia. El trámite de la acción de tutela también tiene esta dualidad, pues si la tutela se presenta contra una sentencia del tribunal superior de distrito judicial, su conocimiento corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que es su superior jerárquico en la jurisdicción ordinaria, pero si se presenta contra esta, su conocimiento le corresponde a la sala de casación civil de la propia Corte, que no es su superior jerárquico.

Esta circunstancia, entre otras, le sirvió durante muchos años a las tres salas de la Corte Suprema de Justicia, en especial a la civil, que la empleó hasta hace muy poco, para sostener que la tutela no puede proceder contra las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, pues no existe un superior jerárquico que pueda conocer de ellas, argumento que también puede esgrimirse al momento de considerar la impugnación de las sentencias proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Si la sentencia puede ser revisada por una autoridad que no es, en rigor, un superior jerárquico, como ya ocurre con la acción de tutela contra sentencias judiciales, se abre la posibilidad, que conviene explorar en este documento, de que el derecho a impugnar la sentencia condenatoria no implique de manera necesaria, como parecen indicarlo los tratados internacionales analizados, acudir a un juez o tribunal superior al autor de la sentencia, evento que sería imposible en el caso de que este sea la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a menos que se modificara el ordenamiento jurídico, para crear un órgano judicial superior, lo que implicaría una reforma a la Constitución.

Antes de considerar otros posibles caminos, conviene analizar los ya existentes, como lo hace de manera no unánime la Corte Constitucional en la Sentencia C-792 de 2014, para determinar si ellos son o no adecuados para el ejercicio del derecho del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria. La mayoría de la Corte sostiene que no lo son. Este aserto, que es uno de los pilares de su *ratio decidendi*, puede llevar al riesgo, visible en un salvamento de voto, de asumir una lectura restringida de la expresión impugnar, que es la empleada por la Constitución, para encontrar en ella una sola opción: apelar.

Los caminos existentes en el mejor de los casos –dos recursos extraordinarios y la acción de tutela contra providencias judiciales–, tienen limitaciones en su diseño, procedibilidad y alcance, que hacen de ellos algo diferente a una apelación y

pueden dificultar la tarea de considerarlos dentro de la expresión impugnar. En el caso de los recursos, el problema material está dado por sus causales, que, además de ser taxativas, demandan una técnica discursiva depurada, y se debe sortear un riguroso proceso de admisión, regido por altos estándares de juicio, pues no es cualquier tipo de irregularidad la que puede dar lugar a su trámite. En el caso de la acción de tutela, la situación no es muy diferente, dado que existe una serie de causales genéricas y específicas de procedibilidad que se debe satisfacer y, aunque se trate de una acción que no requiere de abogado para su ejercicio, no se puede negar que tiene una técnica más depurada que otros tipos de tutela.

En este contexto, la primera alternativa a considerar, que solo es posible en el tercer escenario hipotético planteado, pues se presenta bajo el supuesto de que la condena no haya sido proferida por la Corte Suprema de Justicia ni haya resultado en el trámite del recurso de revisión, es el recurso extraordinario de casación. El antedicho procede contra las sentencias dictadas en segunda instancia, valga decir, por el tribunal superior de distrito judicial, cuando se afecten derechos o garantías fundamentales, siempre y cuando dicha afectación se enmarque en alguna de las siguientes cuatro circunstancias: (i) la falta de aplicación, la aplicación indebida o la interpretación errónea de la norma aplicable, sea esta constitucional o legal; (ii) desconocer el debido proceso o haber afectado de manera sustancial su estructura o la garantía debida a cualquiera de los sujetos procesales; (iii) el manifiesto desconocimiento de las reglas sobre producción y apreciación de la prueba, en la que se funde la sentencia; y (iv) si se trata de controvertir la reparación integral decretada, debe fundarse en las causales y cuantías de la casación civil (art. 181 de la Ley 906 de 2004).

Si bien el propósito del recurso, que es hacer efectivo el derecho material, respetar las garantías de los sujetos procesales, reparar los agravios inferidos y unificar la jurisprudencia (art. 180 de la Ley 906 de 2004), es muy amplio, y su legitimación corresponde a todos los intervinientes que tengan interés (art. 182 de la Ley 906 de 2004), no puede decirse lo mismo de su procedencia, como se acaba de señalar, y de su admisión (art. 184 de la Ley 906 de 2004). Si el fundamento del recurso, que solo es procedente en uno de los cuatro escenarios hipotéticos planteados, no se logra enmarcar de manera precisa en alguna de las causales, es decir en su riguroso estándar, dado por calificaciones explícitas como afectación sustancial o desconocimiento manifiesto e implícitas como la de error manifiesto, sea de hecho o de derecho, o si no se desarrolla de manera satisfactoria para la Corte Suprema de Justicia los cargos de sustentación, o se advierte que no es necesario el fallo para satisfacer alguna de las finalidades del recurso, este no procederá y, por lo tanto, no será admitido.

De tenerse el recurso extraordinario de casación como suficiente para satisfacer el ejercicio del derecho a impugnar la sentencia condenatoria, como sostienen algunas discrepancias a la Sentencia C-792 de 2014, es preciso indicar que, en todo caso, se trataría de una solución muy limitada e insuficiente, en la medida en que apenas responde a un escenario hipotético de entre cuatro posibles y que, además,

corresponde a una interpretación muy restrictiva de la expresión impugnar, porque si bien los recursos extraordinarios también son medios de impugnación, su alcance, en razón de sus causales, técnica y demás restricciones, es mucho menor que el de los demás medios de impugnación, incluso si se llega a sostener, como no sería imposible de hacer, que en el contexto colombiano el recurso extraordinario de casación puede convertirse en una instancia adicional, la tercera, en el proceso penal.

La segunda alternativa a considerar, que es viable en los escenarios hipotéticos cuarto, séptimo y noveno, es el recurso extraordinario de revisión, denominado por la ley procesal penal: acción de revisión. Si los estándares de las causales de casación se calificaron como rigurosos, los de las causales de revisión son rigurosísimos, pues implican o bien imposibilidades fácticas o jurídicas o evidencia de hechos nuevos que afecten de manera sustancial el juicio o de cambios en la inteligencia de las normas aplicables (art. 192 de la Ley 906 de 2004). La imposibilidad fáctica aparece respecto de la condena de dos o más personas por un delito que no podría haber sido cometido sino por una o por un número menor al de las condenadas. La imposibilidad jurídica es visible cuando el proceso se adelanta pese a la prescripción de la acción penal o a su extinción, o sin que exista querrela, en los casos en que es necesaria. La evidencia de hechos nuevos puede ser neutral respecto del proceso mismo o afectar a las partes o al juez. Es neutral cuando aparecen medios de prueba no conocidos en el juicio, de los que resulte la inocencia o inimputabilidad del condenado o sobrevenga una decisión de un tribunal internacional de derechos humanos sobre la falta de investigación seria e imparcial de la vulneración de tales derechos. Es relativa a las partes o al juez, cuando aparece un medio de prueba de que la sentencia fue determinada por un delito del juez o de un tercero, o se fundó en una prueba falsa. El cambio en la comprensión de la norma ocurre cuando la Corte Suprema de Justicia cambia su criterio sobre la responsabilidad o la punibilidad y el mismo es favorable al condenado.

Dadas sus causales que, en rigor, no cuestionan de manera directa la sentencia condenatoria, como lo haría una impugnación, sino más bien escenarios de imposibilidad de la misma, de conductas delictivas o fraudulentas o de cambios favorables en la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, por su objeto, el recurso extraordinario de revisión no puede enmarcarse desde el punto de vista material en la expresión 'impugnar', aunque sí pueda considerarse desde la perspectiva formal como un medio de impugnación.

La última alternativa plantea una situación más difícil, pues tiene una amplitud y alcance mayor a la de los dos antedichos recursos extraordinarios y, al mismo tiempo, ofrece una mayor ductilidad en la medida en que sus causales son más amplias. A estas consideraciones debe añadirse que su conocimiento corresponde a un juez diferente al que dictó la condena, aunque no sea de manera necesaria su superior funcional. El problema que plantea la acción de tutela contra providencias judiciales, cuya procedencia es imprescindible para tenerla como alternativa para el ejercicio del derecho del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria,

es el de que esta acción no es un recurso y, por tanto, no puede tenerse como un medio de impugnación.

El que la acción de tutela contra providencias judiciales sea una vía idónea para el ejercicio del control de constitucionalidad sobre la conducta de los jueces, a partir de la revisión de sus actuaciones a la luz de la Constitución y, en especial, de los derechos fundamentales, no se sigue de manera necesaria que pueda tenerse como un recurso más, o mejor, como un último mecanismo, al alcance del sindicado para impugnar la sentencia condenatoria.

Y no puede seguirse así, en primer lugar, porque, como ocurre con los referidos recursos extraordinarios, la acción de tutela puede ser ejercida por otras personas diferentes al sindicado, lo cual da a entender que no se trata de un derecho suyo, sino compartido por varios, como podría decirse del derecho fundamental a una doble instancia. En segundo lugar, aún si se obviara la anterior circunstancia, las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales parecen tener como punto de partida o bien la inexistencia de recursos para impugnar la sentencia o bien el ejercicio de dichos los mismos (requisito de subsidiariedad) y, en cuanto atañe a las causales de procedibilidad específicas, también fijan un estándar más alto que el de un medio de impugnación ordinario, pues los defectos que se predicen de la sentencia deben ser también ostensibles o manifiestos y trascendentes, lo cual disminuye significativamente su alcance.

Al no haber ninguna alternativa que sea adecuada para el ejercicio del derecho del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria, como pudo constatarlo la mayoría de la Corte Constitucional en la referida sentencia, y como lo revela este análisis, se está ante una inmensa dificultad: encontrar medios para hacer efectivo el ejercicio del derecho. Tanto la solución de la Corte Constitucional, que en realidad no fue una solución sino una fuente de problemas, como otras posibles soluciones, se considerarán en las dos secciones siguientes.

El ejercicio del derecho a impugnar la sentencia condenatoria

Es intolerable, en un Estado democrático y social de Derecho, que un derecho o garantía fundamental, sobre cuya existencia no hay duda ni controversia, no pueda ejercerse por la carencia de medios idóneos en el ordenamiento jurídico. Y es aún más insoportable que esta situación se prolongue, al parecer de manera indefinida, en el tiempo.

El discurso de la Corte Constitucional, que es prolijo en el reconocimiento del derecho del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria, al que distingue del derecho a la doble instancia, se encauza en un camino que conduce, con alta probabilidad, a dos sin salidas: una imputable a la propia Corte, que de manera injustificada cercena el derecho al ocuparse de su ejercicio, y otra, imputable a la omisión de otras autoridades del Estado, en especial al Congreso y a la judicatura.

Para comprender lo dicho sobre las sin salidas del camino, es menester recorrerlo e indicar cuáles son los puntos de ruptura, como se hace enseguida. El recorrido parte de dos bases ciertas y evidentes: (i) el derecho fundamental del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria y su correlativo derecho humano en la CADH y en el PIDCP, son diferentes al derecho a la doble instancia; y (ii) los medios existentes en el actual diseño del ordenamiento jurídico colombiano: los recursos extraordinarios de casación y de revisión y la acción de tutela contra providencias judiciales, no son adecuados ni suficientes para ejercer dicho derecho fundamental, por sus estándares. En efecto, como lo destaca la Corte, el ejercicio del derecho requiere de (i) un examen amplio de los elementos normativos, fácticos y probatorios; (ii) el análisis sobre la controversia base y solo en segundo lugar sobre el fallo judicial; y (iii) la revisión de la decisión judicial debe ser abierta y no limitada por un conjunto de causales.

El camino prosigue por considerar que, de la falta de idoneidad y suficiencia de los medios existentes, se sigue que no hay ningún medio adecuado para ejercer el derecho fundamental del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria y, por esta vía, se afirma que las normas pertinentes de la Ley 906 de 2004 incurren en una omisión normativa. La omisión no se califica, aunque podría tenerse de manera plausible como relativa, dado que su contenido 'positivo' a la postre se declara exequible. Ante la existencia de la omisión, la Corte Constitucional toma tres decisiones relevantes para este análisis: declara la inconstitucionalidad de las normas demandadas en cuanto "omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias" y, en consecuencia, exhorta al Congreso para que, en el término de un año, regule el ejercicio del derecho fundamental y, en caso de que este deber no se cumpla en el término fijado, dispone que "se entenderá que procede la impugnación de los fallos anteriores ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena".

La declaración de inexecutable de las normas demandadas, en cuanto a lo que omiten, si bien parece algo heterodoxa frente al reconocimiento del hecho de la omisión legislativa relativa, no genera reparos de fondo porque es otra forma de decir lo mismo e, incluso, puede dar a entender con mayor claridad que incumplir un deber constitucional, en este caso en la configuración legal del régimen del proceso penal, es contrario a la Constitución. Lo que sí genera problemas y merece ser sometido a la crítica es lo relativo a las consecuencias que se siguen de esta declaración y a las implicaciones que podrían derivarse de ellas.

La parte menos sólida de la construcción argumental y, además, la que genera más problemas prácticos, es la atinente a la condición estructural de la omisión legislativa. En efecto, la sentencia señala que prever un recurso judicial que permita ejercer el derecho del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria "constituye un elemento estructural del proceso, y, por tanto, se proyecta en toda la normativa procesal penal, y además, implica el rediseño de una amplia gama de instituciones". La condición de estructural de la omisión es la que impide a la Corte Constitucional proferir una sentencia aditiva y conduce a la que ha probado ser una

salida poco afortunada en la historia reciente: una exhortación condicionada al Congreso de la República.

El estudio de los escenarios hipotéticos y su complejidad, parece confirmar la afirmación de que la omisión tiene carácter estructural y, por tanto, el corolario de que para subsanarla se requiere un profundo rediseño del régimen jurídico procesal penal, que el juez constitucional no puede hacer en una sentencia. No obstante, en razón de la historia reciente, pues el legislador todavía no se toma en serio ni sus deberes constitucionales (en este caso el de dictar normas para hacer posible el ejercicio de un derecho fundamental y humano), ni asume con prontitud sus responsabilidades (atender en tiempo la exhortación), no era descabellado asumir la posible situación de que se cumpliera el término fijado y no se hubiere hecho el susodicho rediseño, alternativa para la cual la sentencia tiene una pobrísima e incompleta respuesta, como es la de decir que en caso de que el legislador incumpla su deber, “se entenderá que procede a impugnación de los referidos fallos ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena”.

Existe en realidad un contrasentido en asumir, por una parte, que la omisión tiene un carácter estructural y disponer, por otra, que puede subsanarse con un mero mandato en el sentido de que se entenderá que procede la impugnación. Esto, además de no ser coherente con el propio dicho, resulta en la práctica inviable, como lo demuestra la experiencia de la Corte Suprema de Justicia, que se niega a admitir cualquier tipo de impugnación mientras no se reforme la ley e, incluso, la Constitución, pues, de manera comprensible, ningún juez ordinario, en especial un juez penal, está dispuesto a tomar para sí o dejar para otro una competencia no prevista en la ley.

El diferimiento de los efectos de la sentencia, que es un elemento necesario para que se pueda cumplir con la exhortación en el plazo fijado, genera un importante problema para el ejercicio del derecho fundamental en el tiempo. Y es que este ejercicio, en rigor, no solo es posible a partir de la fecha del diferimiento, ni siquiera de la fecha de la sentencia, sino que, al estar el derecho fundamental del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria previsto en el texto de la Constitución, su ejercicio debe ser posible al menos a partir de la vigencia de la misma, para no hablar de lo que sería si se extiende en el tiempo la proyección a la vigencia de la CADH o del PIDCP, que es anterior a la de la Constitución.

La declaración de inconstitucionalidad con efectos diferidos, que se tiene como necesaria para la exhortación al Congreso de la República, que sería, a su vez, necesaria para subsanar la omisión de carácter estructural, tiene un alto costo en materia de derechos fundamentales, que hace necesario su análisis y crítica. El efecto diferido impide, al menos *prima facie*, a las personas condenadas antes de que se cumpla el plazo de un año fijado por la sentencia, ejercer el derecho a fundamental a impugnar la sentencia condenatoria, pese al claro mandato constitucional al respecto y, además, pone a estas personas en una situación de clara diferencia de trato respecto de aquellas cuya condena sobrevenga después el plazo, a quienes sí se les

permite ejercer el derecho, dando lugar a una discriminación injustificada, pues su único fundamento es el que la Corte Constitucional acaba de advertir la existencia de un derecho, que antes no había notado. A esto debe agregarse lo incomprensible que resulta la limitación del ejercicio del derecho a partir del principio de favorabilidad.

Podría sonar maximalista y hasta peligroso, pero es lo que corresponde, sostener que todos los sindicatos que hayan sido condenados, al menos después de la vigencia de la Constitución Política, si no tuvieron la oportunidad de impugnar la sentencia condenatoria, conforme a los escenarios hipotéticos planteados, deben tenerla a partir del plazo fijado por la Corte Constitucional. Esto puede poner en entredicho muchas condenas proferidas por la Corte Suprema de Justicia, de las cuales sería muy difícil afirmar que están en firme, si se acepta que existe un recurso por ejercer, pero ese es el precio de tomarse en serio la Constitución y, en especial, los derechos fundamentales.

Con la modulación de la sentencia, esta posibilidad se cercena (acaso en razón de la seguridad jurídica) y, lo que es más grave, se mutila el ejercicio de un derecho fundamental que solo sería posible a partir del reconocimiento hecho por el juez constitucional, en los términos de su sentencia diferida. Así suene muy fuerte decirlo, la Corte Constitucional acertó al declarar la inconstitucionalidad de las normas en cuanto omiten, pero no lo hizo al hacer esta declaración con efectos diferidos, para cercenar de manera que parece definitiva el ejercicio de un derecho fundamental de muchos sindicatos condenados, aunque en esta materia todavía podría haber algo más que decir en otros escenarios o foros, en especial por tribunales internacionales. Si un condicionamiento era necesario, ha debido ser el de declarar la inconstitucionalidad con efectos retroactivos y, por esta vía, conformar la unidad normativa con las expresiones semejantes contenidas en normas anteriores a la Ley 906 de 2004, para permitir que, al menos a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, el derecho fundamental del sindicato a impugnar la sentencia condenatoria pudiera ser ejercido.

La pretendida necesidad del condicionamiento, puede y debe cuestionarse a partir de sus propios referentes. Si bien parece plausible asumir que se está ante una omisión de carácter estructural, también debe tenerse en cuenta que se trata del ejercicio de un derecho fundamental que, en los tratados internacionales, es considerado como una garantía mínima. Además, aún en el caso de que se considere necesaria la exhortación, no se ve por qué la ley no podría regular el ejercicio del derecho para personas condenadas antes de que se hubiere proferido la sentencia o de que se cumpliera el término del diferimiento, para brindarles, así sea tarde, la posibilidad de ejercer un derecho fundamental y humano. Lo que en realidad no se entiende en esto es que lo sacrificado, en aras de la seguridad o de la estabilidad del sistema jurídico, sea –justo es decirlo– el ejercicio de un derecho fundamental y no la cosa juzgada aparente, a la cual hicieron tránsito un buen número de decisiones sin que se hubiera respetado dicho derecho; sin embargo, la decisión de la Corte Constitucional parece inclinarse por la segunda alternativa.

La conclusión a la que llega la sentencia, cuando prevé el eventual incumplimiento del Congreso de la República de su deber, así como su indiferencia ante la gravedad de esta circunstancia, merecen también un análisis y una crítica especiales. El que el Congreso de la República incumpla su deber, más allá de ser una circunstancia constatable en el contexto del control de constitucionalidad y de la historia, debe ser el fundamento para desarrollar una verdadera teoría de la responsabilidad tanto de la institución como de sus miembros. A los evidentes daños patrimoniales que de esta omisión se siguen para los sindicatos, algunos de los cuales podrían haber llegado a estar privados de manera injusta de su libertad, y de sus familias, que podría encausarse en la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador y completarse por medio de la acción de repetición, contra quienes, pese a ser exhortados a cumplir con su deber, no lo hicieron y todavía no lo hacen, debe agregarse el eventual compromiso de su responsabilidad disciplinaria e incluso de naturaleza penal. No sobraría que la Corte Constitucional advirtiese estas circunstancias evidentes –aunque al parecer desapercibidas– al Congreso de la República cuando se empeñe en exhortarlo a cumplir con su misión.

En eventos como este, así se trate de una sentencia de control abstracto de constitucionalidad, al haber deberes por cumplir con posterioridad a su comunicación y notificación, valdría la pena explorar la figura del trámite de cumplimiento, para que sea la propia Corte la que, en un trámite posterior a la sentencia, tome las medidas que sean necesarias para hacer un seguimiento a sus decisiones y para verificar su cumplimiento oportuno. Esta posibilidad, que admite fórmulas intermedias, como las de dejar la tarea de verificar el cumplimiento de la sentencia en órganos que tienen esta competencia constitucional, como es el caso de la Procuraduría General de la Nación (art. 277.1 CP), cobra mayor importancia cuando se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una omisión legislativa, pues, en tal caso, para que la vulneración a la Carta cese, no basta con la declaración del tribunal constitucional, sino que se requiere de la acción del Congreso de la República.

Si se decide, como en efecto se hace, permitir la impugnación si se dan unas condiciones, que se dieron en este caso, la Corte Constitucional no puede limitarse a decir que entenderá que esta procede, pues, por esta vía, no subsana la omisión estructural, sino que genera al menos dos notables problemas nuevos: el de saber las condiciones de la procedencia de la impugnación (plazos, juez competente, alcance y sentido) y el de lograr que dicha impugnación sea, en efecto, tramitada por la jurisdicción. Si se va a entender que la impugnación procede, la Corte Constitucional debería tomarse el trabajo, así parezca una usurpación de la competencia del ente al cual exhorta, de fijar al menos unas condiciones mínimas de procedencia, relacionadas con la oportunidad, la legitimidad, el alcance y el efecto de la impugnación, y unas condiciones mínimas de trámite, que podrían ser las previstas para un recurso ordinario conocido. Y, además, debe señalar una vía para lograr que dicha impugnación sea tramitada por la jurisdicción, que bien puede ser una acción de tutela para lograr el cumplimiento de la Constitución y de la sentencia de constitucionalidad, o un incidente o solicitud de cumplimiento de

la sentencia. Lo que no puede hacer, como lo hizo, es decir que entenderá que el derecho se puede ejercer y nada más, pues de esta manera ni la Constitución ni su sentencia se cumplen, por muchos motivos que se pueden aducir, algunos de ellos razonables y, lo que es mucho más grave, se deja trunco y frustrado el ejercicio de un derecho fundamental y humano.

Estas omisiones de la Corte Constitucional, acaso comprensibles en su ejercicio de moderación y de autocontención, además de dar al traste con el ejercicio del derecho fundamental en comento, revelan una inteligencia limitada de su alcance. En efecto, la comprensión que se hace del derecho fundamental, con tantas acotaciones temporales para su ejercicio, no parece ser conforme al principio *pro persona*. Tampoco parece adecuada a este principio la interpretación, acaso inspirada en el texto de los tratados internacionales sobre derechos humanos, de considerar que el derecho a impugnar la sentencia condenatoria deba ejercerse ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena. Esta consideración, si bien precisa el derecho reconocido en el art. 29 de la Constitución, que no dice nada respecto del juez ante el cual debe tramitarse la impugnación, en el sentido de que el funcionario que conoce de la impugnación debe ser diferente al juez que profirió la sentencia (lo que descalifica el recurso extraordinario de revisión cuando su objeto son las decisiones de la Corte Suprema de Justicia), lo acota de tal manera que exige un superior jerárquico, lo cual le brinda a la Corte Suprema de Justicia la oportunidad de afirmar que ella no tiene dicho superior, por lo cual el ejercicio del derecho no es posible.

Una interpretación sistemática de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos (CADH y PIDCP), orientada por el principio *pro personae*, debe precisar el alcance del derecho, pero sin incorporar restricciones injustificadas a su ejercicio. En el contexto de ambos tratados, acaso parezca plausible hablar de superior jerárquico o funcional, porque lo ordinario es que la primera sentencia condenatoria sea proferida por un juez inferior. Sin embargo, la configuración legal del proceso penal en la República de Colombia, como se advirtió al plantear los escenarios hipotéticos, permite que la sentencia condenatoria sea proferida por primera vez por el tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria: la Corte Suprema de Justicia.

Como ya se indicó atrás, en el ordenamiento jurídico colombiano es posible hablar de impugnaciones que, si bien son conocidas por jueces o tribunales diferentes de aquel que dictó la sentencia, no son en rigor sus superiores jerárquicos o funcionales. Tal es el caso de las otras Salas de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso de tutela, tanto para su conocimiento en primera instancia como para su impugnación.

En vista de la anterior circunstancia, una interpretación *pro personae*, fiel al propósito de garantizar el ejercicio del derecho antes que al de asumir con paciencia las disfuncionalidades del ordenamiento jurídico, así fuese de manera provisional, mientras el legislador diseña un régimen integral, y a pesar de la crítica que puede

hacerse, con razón, a partir del principio de especialidad, habría podido emplear la experiencia del proceso de tutela y señalar que la impugnación de las sentencias condenatorias proferidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, debía ser tramitada ante la Sala Civil de la misma, o incluso, si se quiere dejar incólume el principio de especialidad, señalar que la impugnación debería ser conocida por la propia Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia integrada por magistrados o, de no haberlos, por conjuces, que no hubieren participado en la sala que profirió la sentencia. De esta manera, se respetaría la precisión de que la impugnación la debe conocer un juez distinto al que profirió la sentencia, pero no se sacrificaría el ejercicio del derecho, en los múltiples escenarios hipotéticos en los cuales ésta correspondió a la autoría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Conclusiones

Al no haber diseñado un mecanismo legal idóneo para el ejercicio del derecho a impugnar la sentencia condenatoria, el Congreso de la República incurre, como lo señala la Sentencia C-792 de 2014, en una omisión legislativa.

Esta omisión compromete la responsabilidad del Estado en el plano interno: al impedir el ejercicio de un derecho fundamental (art. 29 CP) y en el plano internacional: al no respetarse un derecho humano (art. 1.1 CADH y 2.1 PIDCP) y no haberse adoptado las medidas necesarias para hacerlos efectivos (art. 2 CADH y 2.2 PIDCP).

Si bien la Corte declaró inexecutable la ley procesal penal en cuanto a lo que omite, esta declaración no ha debido hacerse con efecto diferido sino con efecto retroactivo, conforme a la preexistencia del derecho en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos respecto de la Sentencia C-792 de 2014 y en atención a los principios de igualdad de trato y de favorabilidad.

El derecho fundamental del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria, debe interpretarse conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República de Colombia (art. 93 inc. 2 CP); esto implica dilucidar el texto que reconoce el derecho constitucional conforme a los instrumentos que reconocen los derechos humanos correlativos y, además, conforme a las reglas hermenéuticas previstas en dichos tratados, en especial al principio *pro persona*. Al interpretar el derecho fundamental del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria en los anteriores términos, se tiene que no es viable introducir restricciones temporales a su ejercicio (como se hace con el condicionamiento diferido), ni asumir de manera necesaria que la impugnación deba ser conocida por un juez superior jerárquico o funcional del juez que profiere la condena, aunque sí por un juez diferente de este.

Referencias

- Arango, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Precedente- Anuario Jurídico*, (s.n.),79-102.
- Caballero, J. L. (2011). La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1 y segundo párrafo, de la Constitución). En M. Carbonell y P. Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma Cuestiones constitucionales* (pp. 103-133). México: UNAM.
- Cajas, M. (2015). *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*, 2 t. Bogotá-Cali: Universidad de los Andes y Universidad ICESI.
- Cifuentes, E. (2000). Informe sobre la jurisdicción constitucional en Colombia. *Ius et Praxis*, 6(2), 63-81.
- Constitución Política (1991). Congreso de la República de Colombia. Colombia.
- Ferrer, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, 9(2), 531-622.
- Fonseca, M. (1992). Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la Nueva Constitución. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, (1), 32-45.
- Gómez, L. (2001). *El control constitucional en Colombia. Evolución histórica*, Bucaramanga: UNAB.
- Henderson, H. (2004). Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. *Revista IIDH*, (39), 71-99.
- Hinestrosa, F. (2000). De los principios generales del Derecho a los principios generales del contrato. *Revista de Derecho Privado*, (5), 12-22.
- Ley 153 de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la Ley 57 de 1887. Congreso de la República de Colombia, agosto de 1987.
- Ley 600 de 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 44.097. Congreso de la República de Colombia, julio de 2000.
- Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45.658. Congreso de la República de Colombia, septiembre de 2004.
- López, D. (2006). El papel de los jueces y la jurisprudencia en la Constitución de 1886: apuntes históricos sobre la Corte de Casación de la Regeneración. En R. Sanín y C. Bernal, *Justicia Constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el estado contemporáneo* (pp. 25-46). Bogotá: Legis y Pontificia Universidad Javeriana.
- Mendieta, D. (2010). La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia. *Universitas* (120), 61-84.

- Moreno, L. J. (2010). El sistema de control constitucional en Colombia. *Civilizar* 10(19), 75-92.
- Moreno, L. J. & Lozano, C. E. (2011). *Fuero y desafueros*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Olano, H. A. (2005). El bloque de constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales*, 3(1), 231-242.
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (22 de Noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Pacto de San José de Costa Rica*. Costa Rica.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York.
- Sagüés, N. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios constitucionales*, 8(1), 117-136.
- Santolaya, P. (2013). La apertura de las constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales. En E. Ferrer & A. Herrera (Coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales* (pp. 447-456). Madrid: Tirant lo Blanch.
- Sentencia C-792 (2014, octubre 29). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Corte Constitucional.
- Tamayo, J. & Jaramillo, C. I. (2012). *El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá: Ibáñez.
- Yepes, H. (2012). Prólogo. En J. Tamayo & C. I. Jaramillo, *El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá: Ibáñez.

LAS ILICITUDES PROBATORIAS EN MATERIA PENAL*

EVIDENTIAL UNLAWFULNESSES IN CRIMINAL MATTERS

*Emma Calderón Arias***

Resumen

El de las ilicitudes probatorias es un tema que se muestra en la doctrina y en la praxis jurídico penales como uno de los más importantes y, en tal contexto, reviste particular trascendencia lo atinente a la necesidad de garantizar la integridad y la autenticidad del material probatorio para que este llegue al juicio oral tal y como fue obtenido en el lugar de los hechos y, por esta vía, hacer efectivo el derecho al debido proceso. A lo anterior contribuye de manera significativa la cadena de custodia, cuyo cumplimiento evita, al menos en los aspectos mencionados antes, la existencia de ilicitudes probatorias y, en la misma medida, contribuye a la preservación de los derechos fundamentales y la observancia de las garantías procesales.

Palabras claves

Cadena de custodia, delito, ilicitudes probatorias, prueba, prueba ilícita.

Abstract

The unlawfulness of evidential is a subject that is shown in the legal doctrine and praxis as one of the most important and, in such context, is of particular importance to the need to ensure the integrity and authenticity of evidence so that this one reaches the oral trial as it was obtained in the place of the facts and, by this way, to make effective the right to the due process. The above contributes significantly to the chain of custody, whose fulfillment avoids, at least in the aspects mentioned above, the existence of evidential unlawfulnesses and, to the same extent, contributes to the preservation of fundamental rights and observance of procedural guarantees.

Keywords

Chain of custody, Crime, evidence, evidential unlawfulnesses, unlawful evidence.

* Informe parcial de investigación doctoral.

** Profesora de Derecho Penal y Criminalística. Facultad de Derecho, Universidad de la Habana. emma@lex.uh.cu, emma830913@gmail.com

Introducción

La confesión fue la ‘reina de las pruebas’ en uno de los sistemas históricos de enjuiciamiento criminal que, de modo general, se encontraba desprovisto de garantías y en el que los elementos de prueba se obtenían de forma contraria a los derechos y libertades de las personas. La posterior reivindicación de las garantías y el diseño de un proceso penal respetuoso de los derechos fundamentales y de los límites que ellos imponen, como resultado del movimiento iluminista y de sus ideas de igualdad y de humanismo, permitió democratizar el proceso penal y entenderlo como una verdadera contienda entre partes –iguales–, acercándose de esta forma mucho más al ideal del debido proceso e introduciendo diversos mecanismos para amparar al acusado y a los demás sujetos del proceso.

En el anterior marco, este trabajo se ocupa de lo relativo a la licitud de las pruebas, a sus antecedentes y el estado actual de la cuestión, y se centra, por consiguiente, en las ilicitudes probatorias –prueba ilícita–, a propósito de lo cual adquiere total relevancia lo atinente a la cadena de custodia, entendida como una herramienta que minimiza el riesgo de nulidad o anulabilidad de los actos procesales.

Fundamentos teóricos de las ilicitudes probatorias

No existe consenso doctrinal sobre la definición de prueba ilícita: para De Diego (2001, p. 7), la actividad probatoria solo puede realizarse a través de la introducción de medios lícitos de prueba, lo cual pone de manifiesto que la obtención de las fuentes de prueba y su introducción en el proceso han de hacerse con escrupuloso respeto hacia los derechos individuales reconocidos en la Constitución –libertad personal, integridad física, psíquica y moral, intimidad personal y familiar, defensa, no autoincriminación, inviolabilidad del domicilio, etc.– que sirven como referentes para determinar si algún elemento de prueba ha sido obtenido con vulneración de los mismos y, por ende, no puede valorarse su resultado probatorio.

Para Gascón (2006, pp. 56-57), es prueba ilícita la que se obtiene con violación de las garantías constitucionales –la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la transcripción de unas escuchas telefónicas sin cumplir los requisitos legales establecidos– o lesionando derechos constitucionales –el derecho a la defensa–, o a través de medios constitucionalmente prohibidos –la tortura, que vulnera el derecho a la integridad física, o una coacción para obtener declaraciones–.

Gascón (2006, p. 53), afirma que la prohibición de prueba ilícita no requiere regulación legislativa expresa, sino que deriva en forma directa de la Constitución por la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y su condición de inviolables. Dicho de otro modo, la regla de exclusión de la prueba ilícita deriva de la Constitución, porque su objeto es la protección de los individuos frente a actuaciones arbitrarias como las que tienen lugar cuando la policía se aparta de sus deberes legales y viola derechos; con todo, existen varios modos de articular este fundamento constitucional de la regla que pueden acarrear consecuencias distintas para su fortaleza.

El derecho a un proceso con todas las garantías.

La regla de exclusión de la prueba ilícita está alojada en el derecho constitucional al proceso debido (*due process of law*); es la expresión de una garantía implícita en el sistema de los derechos fundamentales, pues la posición preferente que estos ocupan en el ordenamiento exige rechazar toda prueba obtenida con lesión de los mismos y esa garantía está plasmada en el derecho al debido proceso.

La tesis del efecto preventivo o disuasorio de la exclusión.

También puede sostenerse que la regla de exclusión de la prueba ilícita no tiene su fundamento constitucional en un concreto derecho, ni viene implícita y directamente exigida por la Constitución como la única salvaguarda efectiva de los derechos constitucionales, sino que reside en la necesidad de producir un efecto preventivo o disuasorio sobre las conductas que lesionan derechos.

Esto es lo que sucede en los Estados Unidos, cuya jurisprudencia, ya desde mediados de la década de los años setenta del siglo pasado y hasta la fecha, reconoce que la justificación canónica de la *exclusionary rule* no reside en un supuesto derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada, sino en la necesidad de disuadir de la violación de los derechos (*deterrent effect*) y, de manera más precisa, en la necesidad de disuadir a los poderes públicos de realizar futuras lesiones a derechos constitucionales y, en especial, a la policía.

La tesis española de la conexión de antijuridicidad.

Se trata de una construcción teórica del Tribunal Constitucional español, mediante la cual se pretende explicar cuándo deben ser excluidas –o no– del proceso las pruebas obtenidas con lesión de un derecho fundamental. Esta tesis parte del presupuesto de que no toda prueba obtenida con vulneración de un derecho ha de ser considerada ilícita y, por lo tanto, excluida; lo será solo en determinadas circunstancias y de estas últimas da cuenta, la doctrina de la ‘conexión de antijuridicidad’, acorde con la cual las pruebas son inadmisibles cuando se lesiona un derecho fundamental y como consecuencia de ello se han obtenido pruebas, si, además de lo anterior, existe una relación de causalidad, una conexión de antijuridicidad entre la lesión y las pruebas.

Esta postura, valorada con anterioridad por Gascón (2006, pp. 68 ss.), responde al debate presentado alrededor de la prueba ilícita sobre su regulación en normas o no, pues, para él, la fuente directa es la Constitución, debido a la posición que tiene respecto a los derechos fundamentales; de otra opinión Ramos (2000, p. 19), para quien la prueba ilícita se refiere de forma exclusiva a la obtenida mediante la violación de los derechos y libertades fundamentales, de manera que, por definición, se concibe otra suerte de ilicitud probatoria solo ordinaria, que se ha dado en llamar prueba irregular, cuyos efectos no podrían ser parejos a la anterior, por mor del derecho fundamental a la prueba.

Para Ramos (2000, p. 23), las diferencias entre la prueba ilícita y la irregular, en punto de la eficacia probatoria en el proceso penal, no son, sin embargo, apreciables en un primer grado, porque tanto la una como la otra carecen de virtualidad al respecto por lo cual dependen, en el segundo caso, de la naturaleza, la gravedad y la acumulación de irregularidades, y, sobre todo, de la indefensión provocada. En un segundo grado, el relativo a las pruebas relacionadas con ellas, para las derivadas de las pruebas ilícitas se impone la ineficacia como lógica consecuencia de una suerte de contaminación, mientras que, para las procedentes de las irregulares, no se produce tal radical consecuencia. Esta diferencia se resuelve en la práctica, por lo tanto, con la posibilidad de recuperar el material probatorio evidenciado por la prueba irregular, mediante su conversión en algún otro tipo de prueba subsidiaria, por lo general la testifical o la confesión, como modo de subsanación, posibilidad que es impensable en el caso de la prueba ilícita.

Una perspectiva interesante es la de Armenta (2011, p. 21), quien destaca dos aristas: la angloamericana, centrada en regular los medios de prueba y su obtención, sin que existan *a priori* reglas de exclusión, por lo cual en el *adversarial system* estadounidense la doctrina sobre la *exclusionary rule* se centra en contener los posibles abusos que puedan producirse en los derechos, por parte de los responsables públicos en la persecución de los hechos delictivos (Armenta (2011, p. 22); en tanto que, los sistemas continentales, enfocan sus esfuerzos en los medios de adquisición de las fuentes de prueba, aspecto regulado de manera específica bajo pena de nulidad.

En estos últimos, el respeto se centra en el principio de legalidad según el cual la obtención de la verdad debe seguir las pautas propias de un proceso establecido en forma legal. A partir de ahí, las configuraciones inciden de manera especial en el difícil equilibrio a que se someten intereses tan contrapuestos como dignos de tutela por ser legítimos; así, a título de ejemplo, y con base en una formulación general, la protección y castigo de las conductas infractoras y la tutela de intereses individuales, con la exclusión de concretos medios de prueba (Armenta, 2011, p. 22).

Tinoco (2001, p. 127), por su parte, explica que la *exclusionary rule* ha sido creada por la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir de la IV Enmienda, referida a la inadmisión de las pruebas ilícitas u obtenidas con la violación de los derechos fundamentales. De acuerdo con la *Doctrine of the fruits of the poisoned tree* (doctrina de los frutos del árbol envenenado), esta regla no se restringe a la prueba directa, sino que también se aplica a la indirecta, es decir, a pruebas provenientes de las obtenidas en forma ilícita.

También en la doctrina argentina, Cafferata (1986, p. 14), distingue entre la obtención ilegal o irregular de la prueba y su incorporación al proceso, según el momento en que se produce. De suerte que la ilicitud puede producirse en dos instantes distintos: en la oportunidad de recolectar la fuente de prueba y con ocasión de la introducción de las mismas al proceso. Esta diferenciación es de interés desde que los supuestos de ilicitud extraprocesal son los que con mayor frecuencia se

producen en la práctica; en efecto, la mayoría de los casos analizados hacen referencia al momento de la búsqueda, obtención y recogida de las fuentes de prueba, situándose, por lo tanto, en el marco de la fase de investigación policial o judicial.

En este sentido, Miranda (1996, p. 26) sistematiza una propuesta en atención al momento concreto en que se produce la ilicitud, dentro o fuera del proceso; así, distingue entre ilicitudes extraprocesales e intraprocesales. La primera, es aquella producida fuera de la esfera o marco del proceso propiamente dicho, a propósito de la obtención de la fuente de prueba, y afecta, por lo tanto, la labor de investigación de los hechos, es decir, a la búsqueda, recolección y obtención de las fuentes de prueba (por ejemplo, los documentos sustraídos u obtenidos delictivamente e incorporados después a la causa). Y, la intraprocesal, es aquella que aqueja a un acto procesal, es decir, la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso (*verbi gratia*, el empleo de medios coactivos en los interrogatorios del inculpado).

Frente a los criterios de clasificación de Cafferata (1986) y Miranda (1996), debe decirse no son del todo atinados cuando aseveran que la extraprocesal afecta la fase de investigación de los hechos, la búsqueda, recolección y obtención de las fuentes de prueba, pues esa fase es la llamada como preparatoria del juicio oral por lo cual no puede calificarse como extraprocesal sino antes del juicio oral. Y, en este sentido, la licitud de los actos es importante durante todo el proceso, pero requiere especial relevancia justo en las etapas de búsqueda, identificación, recolección, y obtención de los elementos de prueba, pues una vez que exista alguna vulneración de la cadena de custodia se puede hablar de prueba obtenida en forma ilícita, con las correspondientes consecuencias en el análisis pericial donde se arriba a los resultados.

Midón (2005, pp. 41-42), por su parte, propone otra clasificación según la causa de la ilicitud y expone que quienes participan de la concepción amplia de la prueba ilícita, esto es, de un criterio que no se ciñe a los supuestos de obtención y práctica de pruebas con vulneración de derechos o garantías constitucionales, en atención a la causa que origina la ilicitud, han de distinguir entre pruebas prohibidas por la ley de forma expresa, pruebas irregulares o ilegales, y pruebas inconstitucionales.

El concepto de prueba vedada por ley de forma expresa queda reservado para aquellos supuestos en los cuales exista una norma legal precisa y concreta de carácter prohibitivo. La irregular, defectuosa o ilegal, es aquella en cuya obtención se infringen la legalidad procesal ordinaria y se corresponde con el supuesto en el cual se desconocen las formalidades legales establecidas para su adquisición, esto es, sin ajustarse a las previsiones o al procedimiento fijado por la ley.

Y, en fin, las inconstitucionales son las obtenidas o practicadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas y que dimanen de forma expresa o implícita de los textos constitucionales. En estos casos, para Midón (2005, pp. 49-53), la regla de exclusión opera, en términos más o menos generales, cuando una prueba que sirve para verificar la comisión de un delito se obtiene mediante

violación, transgresión o superación de los límites esenciales establecidos en la Constitución, entendidos como fronteras de garantía dadas en función de valores que el constituyente juzgó supremos e inquebrantables –la dignidad del individuo y los atributos que de ella derivan–; como consecuencia de ello, la prueba resultará inadmisibles desde la perspectiva procesal y deberá ser apartada o excluida como elemento de juicio.

Ahora bien, en relación con dicha regla de exclusión debe decirse que tiene voces a favor y en contra, provenientes de todos los sectores del pensamiento jurídico, cortes y tribunales inferiores, doctrinarios y académicos, que expresan y sustentan móviles y reparos, todos ellos de encomiable interés práctico y científico. Aquellas posturas que definen al proceso por la necesidad y obligación de investigar la verdad a ultranza y de manera absoluta, han de negar cualquier posibilidad de que existan prohibiciones de prueba, y con ello admitirán la eficacia del medio obtenido de manera ilegal. No habrá tema que no pueda ser investigado, ni método de averiguación que no deba ser utilizado.

Por el contrario, quienes hagan hincapié en una concepción menos absolutista, habrán de reconocer que junto al interés social en la averiguación de la verdad coexisten otras incumbencias y compromisos. Motivaciones y responsabilidades en ocasiones de superior valor y jerarquía que llevarán a impedir –o, al menos, restringir– una búsqueda frenética a través de métodos siempre ilimitados. El razonamiento para apoyar la regla de exclusión va por el llamado discurso ético, con recursos de orden axiológico, a partir de la premisa de que al Estado y, por ende, a la administración de justicia, en tanto que función estatal, le es exigible un comportamiento adecuado a determinados principios éticos, en otras palabras, que en el proceso penal subyace un imperativo moral que restringe la actuación del órgano jurisdiccional a la hora de investigar y reprimir delitos. No se pretende significar que el Estado no pueda cumplir sus fines de justicia y seguridad, sino que esos objetivos no justifican el empleo de cualquier medio.

A su turno, Miranda (2013, p. 61) defiende –en criterio que es compartible– la utilización del término prueba ilícita, no solo por ser el de mayor aceptación en la actualidad, sino, sobre todo, por ser, en su opinión, el que mejor sirve para delimitar su concepto, sin perjuicio, de distinguir diferentes clases o modalidades en atención a la causa o causas que motivan su ilicitud. Por su parte, Silva (1963, p. 69) entiende que, al respecto, existen concepciones amplias y restrictivas: en las primeras, la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad humana. La importancia y trascendencia de este última está fuera de discusión, ya que la dignidad de la persona se constituye en pieza clave del concepto de prueba ilícita, por cuanto todo medio de prueba que atente contra la misma deviene ilícito y, por consiguiente, inadmisibles.

También hay otro grupo de autores que, a partir de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico en general, se identifican con la idea de violación de la norma o contrariedad con el derecho y definen la prueba ilícita como aquella

contraria a una norma de derecho, esto es, obtenida o practicada con infracción del ordenamiento jurídico. El origen de la ilicitud de la prueba reside en que fue obtenida con violación de normas jurídicas, al margen de la categoría o naturaleza de estas últimas (constitucionales o legales, procesales o no) o incluso de disposiciones o principios generales (Devis, 1991, p. 95). Por otro lado, el concepto de ilicitud en el ámbito probatorio no siempre se identifica con el de hecho punible, pues, para que una prueba sea calificada de ilícita, no es necesario que la conducta encaminada a su obtención sea constitutiva de una infracción penal y, en esta medida, se opta por una concepción amplia de prueba ilícita.

Dentro de este grupo de autores, se concretan algunas precisiones en torno al rango de las normas violadas, en especial las constitucionales. En este sentido, Denti (1972, p. 281), en posición que también comparte Lozano (1990, p. 457), define prueba ilícita como aquella que se obtiene mediante la violación de derechos tutelados por normas diversas y, en primer lugar, por normas constitucionales. Se considera prueba ilícita aquella obtenida no solo mediante la infracción de normas constitucionales, sino, también, a través de la vulneración de normas con simple rango de ley.

Para la doctrina italiana, con Conso (1970, p. 2) como principal exponente, todas las normas relativas a las pruebas penales son normas de garantía del acusado, con base en lo cual su disciplina debe considerarse como un instrumento de defensa para el imputado y, en la misma medida, toda infracción de las normas procesales relativas a la obtención y práctica de prueba debe estimarse como prueba ilícita, por cuanto implica una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. Y, por otro lado, las concepciones restrictivas (González, 1990, p. 31; Asencio, 1986, pp. 37–38; Tomé *et al.*, 1993, p. 468; Martínez, 2003, p. 38; Arozamena, 1999, p. 83), en contraposición a las antes expuestas, son aquellas que circunscriben el concepto de prueba ilícita de manera exclusiva a la obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales, en una opinión que también comparten De Diego (2001, p. 8), Gascón (2006, p. 57) y Ramos (2000, p. 20).

La clasificación de las ilicitudes probatorias

Son innumerables las divisiones de prueba ilícita que la doctrina elabora. Armenta (2011, p. 34), por ejemplo, señala que la ilicitud puede provenir de distintas causas: ser prueba legal y ser prohibida de forma expresa, diversificándose la prohibición en virtud de su objeto (prohibición de prestar testimonio para quienes están obligados a guardar secreto); afectar a determinados métodos de investigación (torturas, coacciones o amenazas); referirse a determinados medios de prueba (testimonio entre parientes, testimonios de referencia); o violentar derechos fundamentales; ser irregulares o resultar defectuosas. Puede producirse en diferentes momentos (antes o durante el mismo proceso); operar en beneficio del causante de la ilicitud o de un tercero o, en fin, consistir en actuaciones de diferentes sujetos (acusadores o acusado).

Para Midón (2005, pp. 37-38), existen las pruebas ilícitas en sí mismas y las ilícitas por derivación; en las primeras, se trata del elemento que sirve para verificar un hecho y que fue practicado u obtenido directa e inmediatamente a través de un método o procedimiento ilegal; y, las segundas, remiten al acto en sí mismo lícito que permite comprobar una circunstancia fáctica, pero al que se accedió por intermedio de información obtenida desde una prueba anterior e recogida en forma ilícita. Así mismo, están las pruebas ilícitas materiales y testimoniales; materiales son todos los elementos físicos o corporales que vienen a ser, de manera directa o indirecta, recogidos –por ejemplo, la droga estupefaciente encontrada en el domicilio del imputado por un allanamiento ilegítimo, la cinta magnetofónica adquirida a través de una intervención clandestina de comunicaciones telefónicas, etc.–; y, la testimonial, aquella que proviene en forma directa de las personas a través de sus dichos. Por su parte, Miranda (2013, p. 74) se refiere a dos clases de prueba ilícita: en primer lugar, la que se forma a partir del momento en que se produce la ilicitud (criterio temporal o cronológico) y, en segundo lugar, a relativa a la causa que motiva dicha ilicitud (criterio causal o material).

Según el momento en que se produce la ilicitud se puede distinguir entre la extraprocesal y la intraprocesal. La primera, se produce fuera de la esfera o marco del proceso propiamente dicho, en el momento de la obtención de las fuentes de prueba y, por lo tanto, afecta la labor de investigación de los hechos, es decir, a la búsqueda, recogida y obtención de las fuentes de prueba; en tal sentido, cualquiera de los intervinientes en la fase investigativa puede ser quien trabaje en la obtención de las fuentes de prueba, criterio que también comparten otros autores como Pastor (1986), López (1989, pp. 132–133), González (2006), Bernal (1990), Vegas (1993, pp. 123-124). Frente a esta tipología de prueba ilícita, Miranda (2013) refiere que hay criterios diferentes: por un lado, los que limitan la inadmisibilidad o exclusión de la prueba ilícita a la obtenida por autoridades o funcionarios públicos, pero no cuando se trata de particulares, posición que no comparte, pues cree que el tratamiento debe ser el mismo con independencia de quién o quiénes realicen esta labor de búsqueda y obtención de fuentes de prueba, a estos efectos carece de importancia el carácter de la persona (funcionario público o particular) que obtiene la fuente de prueba de forma ilícita dada la eficacia *erga omnes* de los derechos fundamentales.

La segunda, a su turno, afecta un acto procesal, es decir, a la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso, por ejemplo, emplear medios coactivos en los interrogatorios del inculcado.

Pastor (1986, p. 339), al clasificar las prohibiciones probatorias, las agrupa en dos apartados fundamentales, para lo cual se toma como base la distinción entre fuentes y medios de prueba: (a) aquellas derivadas de restricciones relativas a la investigación de los hechos –búsqueda y obtención de las fuentes de prueba– y (b) las que resultan de restricciones relacionadas con la incorporación de las fuentes de prueba al proceso –admisión y práctica de medios de prueba–. Por su parte,

Cafferata (1986, p. 14) distingue entre la obtención ilegal o irregular de la prueba y su incorporación irregular al proceso.

En la doctrina italiana, Ramajoli (1995, p. 316) defiende la aplicación de la imposibilidad de utilizar las pruebas adquiridas con violación de las prohibiciones establecidas en forma legal, tanto en la fase de investigación y búsqueda de las fuentes de prueba como en la fase preparatoria propiamente dicha. Así las cosas, la ilicitud puede producirse en dos momentos distintos: el de la obtención de las fuentes de prueba y el de la incorporación de dichas fuentes al proceso; esta clasificación responde, a su vez, a la distinción de Carnelutti (1982, p. 67) entre fuentes y medios de prueba.

Otro criterio de clasificación está dado por las causas de ilicitud (Miranda, 2013, p. 79; Serra, 1991, p. 94; Midón, 2005, p. 40; Cafferata, 1986, p. 16). Para Miranda (2013, p. 80), se pueden diferenciar las pruebas prohibidas de forma expresa por la ley, las irregulares y/o ilegales y las obtenidas o practicadas con infracción de derechos fundamentales de las personas (las pruebas inconstitucionales).

Serra (1991, p. 95) se refiere a las causas que motivan la ilicitud del medio de prueba, por lo cual diferencia las prohibidas de forma expresa por la ley, las realizadas en forma distinta a la regulada por la ley, y las obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas reconocidos en la Constitución. Para este autor, las últimas constituyen el capítulo más importante dentro de las pruebas ilícitas; sin embargo, las mismas no agotan el contenido de la prueba ilícita, sino que van más allá que las derivadas de la sola violación de los derechos fundamentales. En este sentido, es compartible el criterio de Miranda (2013) sobre una concepción amplia de prueba ilícita, no constreñida a aquellos supuestos de obtención o práctica de pruebas con vulneración derechos fundamentales, a la vez que reconoce que no toda ilicitud debe comportar, de manera necesaria, las mismas consecuencias en cuanto a la imposibilidad de utilizarlas en el proceso, por ejemplo, la ilicitud de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado no comporta siempre las mismas consecuencias; esta conclusión es aplicable a cualquier diligencia de investigación o a cualquier medio de prueba.

El rango de la norma quebrantada como centro de la polémica

Al no existir consenso en la definición de prueba ilícita, más allá de la nota común que la concibe como aquella obtenida con infracción del ordenamiento jurídico, las posturas se dividen entre quienes la refieren al ordenamiento jurídico en su integridad, los que la concretan en lo procesal y aquellos ceñidos a lo constitucional; en este marco, la polémica está en el rango de la norma quebrantada para considerar nulo el acto de prueba. No obstante, adviértase, otro término debatido es el de prueba prohibida, que, al decir de Asencio (1989, p. 75), no es aceptado a plenitud por la doctrina en atención a razones varias entre las que destaca la de ser tan solo un nombre gráfico que solo sirve para designar todo el conjunto variado de supuestos en que la prueba es inadmisibile; además, dicha denominación supone un concepto equívoco en tanto que viene a indicar una multiplicidad de

situaciones variables en función de la legislación en la que ha de operar, el reconocimiento o no expreso de su existencia, la escala de valores políticos, sociales, etc.

Un sector mayoritario de la doctrina, en el que se ubican Jaén (2002, p. 77), De Diego (2001, p. 7), Estrella (2001, p. 52) y Gimeno, Moreno & Cortés (2001, p. 371), refiere que los actos de prueba serán nulos en tanto afecten derechos y libertades fundamentales establecidos en la Constitución, vulnerando *per se* el derecho a un proceso con garantías de forma general. A su turno, otro sector, en el que se destacan autores como Asencio (1986, p. 40; 1989, p. 121), Miranda (2013, pp. 157-158), Igartua (1995, p. 90), Sentís (1979, p. 248) y López (1989), no precisan distinción alguna en punto del rango de la norma vulnerada a la hora de los efectos que traería la validez o eficacia del acto probatorio, sino que de las mismas normas deriva el garantismo que traen consigo de forma intrínseca.

A su vez, están quienes restringen el espacio para la nulidad total de la prueba, pues la decisión sobre este supuesto debe darse en caso de quebrantamiento de normas jurídicas que no tienen que ser de rango constitucional, pero sí traer consigo la violación del derecho a un proceso garantista de forma general, al valorar el caso de que se trate y los intereses existentes, en tanto contienda de partes iguales (Ramos, 2000, p. 19; González-Cuéllar, 1990).

La esencia del problema se presenta, pues, en la determinación del rango de la norma quebrantada con la actividad probatoria y sus efectos válidos o nulos, en punto de lo cual es importante tener presente que en la investigación penal de un hecho delictivo la búsqueda de la verdad es uno de los aspectos de mayor importancia y ello, desde luego, explica las exigencias propias de legalidad y seguridad jurídica a la hora de determinar si los elementos de prueba analizados fueron tomados y conservados teniendo en cuenta las reglas de la cadena de custodia. De ahí que valga la pena valorar si dichos elementos de prueba se tomaron u obtuvieron –al igual que durante las etapas correspondientes– con transgresión de las reglas que garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Resulta loable destacar que es inoperante establecer fórmulas *a priori* para la determinación de la prueba ilícita y, en tal aspecto, este trabajo coincide con la tercera tendencia, pues en este campo solo procede pronunciar pautas generales que orienten el camino a seguir tales como la necesidad de ponderar los intereses en conflicto, apreciar las circunstancias concretas de cada caso y, agréguese, observar que la vulneración de la formalidad procesal realmente produzca inequidad y desequilibrio entre las partes, lo cual es, en definitiva, la finalidad esencial del derecho a un proceso con todas las garantías.

Para algunos autores, la cuestión planteada trasciende el valor procesal de la cadena de custodia, en tanto que la jurisprudencia mantiene posiciones ambivalentes; no obstante, es mayoritaria la postura que considera las irregularidades en la cadena de custodia –casi siempre por la carencia de acreditación documental en alguna de sus fases– como prueba irregular y no ilícita, en cuyo caso poseería aptitud suficiente para anular su eficacia probatoria; lo anterior, con matices, puesto

que, tratándose de una prueba irregular, debe atenderse a la naturaleza, la gravedad y la acumulación de irregularidades y, sobre todo, a la posible indefensión resultante.

Ahora bien, es necesario analizar qué ocurre cuando la cadena de custodia se rompe en alguno de sus eslabones, se desconocen las normas establecidas a tal fin, se falla en la obtención de las fuentes de prueba para la investigación contaminándolas o se irrespetan los derechos fundamentales y como todo ello puede conllevar a declarar ilícita la prueba. Pero, para ello, deben identificarse tres aspectos esenciales: el concepto de prueba ilícita, su clasificación y el rango de la norma quebrada. En cuanto a lo primero, una parte de la doctrina se refiere a la misma solo cuando se violan derechos fundamentales de las personas; al hilo de esto, resultan interesantes las posturas de Armenta (2011), quien alude a la subclasificación en las teorías angloamericana y continental y explica que esta última, en particular, gira en torno al principio de legalidad y, por ello, en la obtención de las fuentes de prueba se debe observar lo normado en ley, so pena de nulidad de facto; y, en sentido contrario, la de Miranda (2013), para quien lo más acertado es una concepción amplia, no solo relativa a la violación de derechos fundamentales sino que va más allá e incluye desde el momento de la obtención de las fuentes de prueba hasta su incorporación al proceso a través de los medios de prueba.

Respecto del segundo, la mayoría de la doctrina (Miranda, 2013; Cafferata, 1986) se refiere a la clasificación en torno al momento de la ilicitud, denominándolas extraprocesal e intraprocesal si se produce antes o durante el proceso. También, Midón (2005) se refiere a pruebas ilícitas en sí mismas y por derivación, y, dentro de las mismas, a pruebas ilícitas materiales –incluidas la recolección y el trabajo con las fuentes de prueba– y testimoniales.

En lo atinente al tercero, las tendencias al respecto son, en primer lugar, las que remiten a la Constitución; en segundo lugar, las que proponen al ordenamiento jurídico de forma general y a una norma de índole procesal. Al respecto, parece poco atinado ir a la especificidad de la norma en sí y se tendrá que analizar caso por caso según sus propias particularidades, pronunciar pautas generales de orientación, ponderar los intereses en conflicto, apreciar las circunstancias concretas y sumar a todo ello el que la vulneración de la formalidad procesal conlleve inequidad y desequilibrio entre las partes, como esencia de ese proceso con todas las garantías.

Consideraciones finales

La cadena de custodia supone etapas que transcurren en pro de la validez de las fuentes de prueba obtenidas en la investigación del hecho con caracteres de delito y, en este sentido, es muy importante precisar lo que sucedería en caso de violar alguno de esos actos relativos a las fases. Resulta muy controvertido el debate sobre los efectos derivados de la ruptura de la cadena de custodia, en ese punto, expresa Figueroa (2015, p. 5), que, en principio, las autoridades policiales y judiciales son las que garantizan la preservación de la prueba y quien afirme la ruptura de la cadena de custodia debe probarlo.

Desde luego, no debe admitirse como premisa aquella según la cual se deben presumir las actuaciones policiales como ilegítimas e irregulares, violatorias de derechos fundamentales, mientras no conste lo contrario. Debiendo plantearse la ruptura de la cadena de custodia acompañada de un nivel de concreción importante como, por ejemplo, en materia de drogas ilícitas, sostener que la sustancia analizada en el peritaje valorado como prueba de cargo no es la que la policía halló al acusado en el momento de su detención; en otras ocasiones, se reclama la nulidad de la prueba de ADN, concretándose en la fase de recolección de los objetos de los que se extrae la muestra, alegando su posible contaminación, poniéndose en entredicho la cadena de custodia, entre otros tantos casos.

Así, la ruptura de la cadena de custodia no siempre acarrea como consecuencia que la prueba quede excluida, siempre que se logre acreditar que la prueba no fue alterada o modificada. Por lo que, para Del Pozo (2014, p. 152), la prueba tiene que haberse producido con las exigibles garantías procesales; debe haberse obtenido, por ende, con observancia de la normativa relativa a la obtención de fuentes de prueba, tanto en lo relativo a las normas de enjuiciamiento como a los principios, derechos y garantías constitucionales.

Y, en este sentido, es importante señalar que se distinguen tres tendencias en torno a la prueba ilícita: la relativa al derecho a un proceso con todas las garantías, por lo cual toda prueba que vaya en su contra es rechazada y declarada ilícita. La del efecto preventivo o disuasorio de exclusión, o *exclusionary rule*, enmarcada en la doctrina del fruto del árbol envenenado, acorde con la cual lo que derive de una prueba obtenida con violación de derechos y garantías se declara ilícito de facto. Y la de la conexión de la antijuridicidad, según la cual la prueba obtenida violando derechos fundamentales y lo que derive de la misma se considera ilícito y excluido, pero solo si existe una conexión de antijuridicidad (conexión de causalidad en lo antijurídico entre la lesión ocasionada y las pruebas obtenidas). Por consiguiente, el rango de la norma quebrantada es uno de sus pilares, resultando nulas aquellas pruebas que vulneren en forma directa los derechos fundamentales, y anulables las que contravengan una norma de menor jerarquía, dígase ley especial o cualquier otra normativa, en tanto este actuar podrá ser subsanable durante el transcurso del proceso.

Para que las pruebas sean admitidas en el proceso, convergen tres posturas: la de la admisibilidad o no de la prueba ilícita y una intermedia, en el caso de admitir (admisión, validez y eficacia) las pruebas obtenidas en forma ilícita, sin tener relevancia alguna el modo de obtención de las mismas, pues igual van a ser admitidas. La teoría de la no admisibilidad y apreciabilidad de la prueba obtenida de manera ilícita, donde se valora como importante el modo de obtención de las mismas. Y, para culminar, una teoría intermedia en cuya virtud se analiza la admisibilidad y apreciabilidad de las pruebas obtenidas de forma ilícita, según la ponderación de intereses en conflicto.

Referencias

- Armenta, T. (2011). *La prueba ilícita (un estudio comparado)* (2 ed.). Madrid; Buenos Aires: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Arozamena, C. (1999). Consideraciones generales sobre la prueba ilícita. *Actualidad Penal* (4), 83-108.
- Asencio, J. M. (1986). La prueba: garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2. *Poder Judicial* (4), 33-48.
- Asencio, J. M. (1989). *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Trivium.
- Bernal, J. (1990). *Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal*. *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, (4), 361-417.
- Cafferata, J. (1986). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma.
- Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil* (trad. Alcalá-Zamora y Castillo). Buenos Aires: Depalma.
- Conso, G. (1970). Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale. *Revista di Diritto Processuale*, (s. no.).
- De Diego, L. (2001). *Los medios de prueba*. Tegucigalpa, Honduras: Cuadernos de estudios judiciales "Rafael Alvarado Manzano".
- Del Pozo, M. (2014). *Diligencias de investigación y cadena de custodia*. Madrid, España: Editorial Jurídica Sepin.
- Denti, V. (1972). Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador (trad. S. Oñate). *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, (2-3), 277-301.
- Devis, H. (1991). *Teoría general de la prueba judicial* (T. I. 5 ed.). Buenos Aires: Víctor P. de Zabalía.
- Estrella, M. (2001). *La prueba ilícita*. Tegucigalpa. Honduras: Cuadernos de estudios judiciales "Rafael Alvarado Manzano".
- Ferrer, J., Gascón, M., González, D. & Taruffo, M. (2006). *Estudios sobre la prueba*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Figuroa, C. (2015). *La cadena de custodia en el proceso penal*. Madrid: EDISOFER.
- Gascón, M. (2006). Freedom of Proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. En Ferrer, J., Gascón, M., González, D. & Taruffo, M. (2006). *Estudios sobre la prueba* (pp. 47-88). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

- Gimeno, V., Moreno, V. & Cortés, V. (2001). *Lecciones de Derecho Procesal Penal* (2 ed.). Madrid: Colex.
- González, J. L. (1990). La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites). *Revista de Derecho Procesal*, (1), 29-44.
- González, J. (2006). La prueba ilícita. *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos* (54), 363-384.
- González-Cuéllar, N. (1990). Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. España: Constitución y Leyes.
- Igartua, J. (1995). *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jaén, M. (2002). *Tendencias actuales de la Jurisprudencia Constitucional Penal (las garantías del proceso penal)*. Madrid: Dykinson.
- López, J. (1989). *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. España: Akal.
- Lozano, M. (1990). Interceptaciones telefónicas y grabaciones clandestinas en el proceso penal español. *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, (4, ed. especial), 453-458.
- Martínez, E. (2003). *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Midón, M. S. (2005). *Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Miranda, M. (1996). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: J.M Bosch Editor.
- Miranda, M. (2013). *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense*. México: Ubijus.
- Pastor, B. (1986). Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas. *Justicia: revista de derecho procesal* (2), 337-368.
- Ramajoli, S. (1995). *La prova nel processo penale*. Padova: CEDAM.
- Ramos, C. (2000). La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia. En AAVV. *Manuales de formación continuada: La prueba en el proceso penal* (pp. 15-74) (12), Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Sentis, S. (1979). *La Prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Serra, M. (1991). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (T. XVI, Vol. 2., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Silva, V. (1963). *La prueba procesal* (T. I). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Tinoco, Á. (2001). *Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law*. Sevilla: Universidad de Sevilla – Secretariado de Publicaciones.

Tomé, J.; De la Oliva, A.; Aragonese, S.; Hinojosa, R. & Muerza, J. (1993). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Vegas, J. (1993). *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley.

LA APRECIACIÓN TÉCNICO CIENTÍFICA DEL PERITAJE PSICOLÓGICO EN LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES DE LOS MENORES DE EDAD*

THE SCIENTIFIC AND TECHNICAL APPRECIATION OF PSYCHOLOGICAL EXPERTISE IN CRIMES AGAINST THE INTEGRITY AND SEXUAL TRAINING OF MINORS

*Juan José Cantillo Pushaina***

Resumen

El trabajo rastrea la información existente sobre la apreciación técnico-científica del peritaje psicológico en materia de delitos contra la integridad y la formación sexuales de los menores de edad, con el fin de elaborar y dar a conocer el estado del arte correspondiente. Para ello, toma en cuenta los criterios de valoración probatoria regulados en el Código de Procedimiento Penal (CPP), en cual cada medio de prueba se describe de forma puntual y se hace especial referencia a la prueba pericial (art. 420 CPP). Estas pautas son de obligatorio seguimiento por parte del juez cuando evalúa las pruebas, sin que ello signifique una tarifa legal; por ello, se describen y analizan cada una de estas directrices, a saber: la idoneidad técnico-científica y moral del perito; la claridad y exactitud de sus respuestas; su comportamiento al responder; el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoye el perito; los instrumentos utilizados; y la consistencia del conjunto de respuestas.

* Artículo de reflexión resultado del trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia). Agradecimientos al Dr. Marc David Schlagenhoff de la Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, quien apoyó con las traducciones inglés-español-inglés.

** Abogado de la Universidad del Norte de Barranquilla, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre; Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá de España y Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Línea de Investigación en Derecho Procesal Penal. Abogado asesor del Grupo de Actividad Legislativa del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social de la Presidencia de la República, es Miembro Internacional de la Asociación Latinoamericana de Psicología Jurídica y Forense, ALPJF.

Palabras claves

Apreciación técnico-científica, caso Daubert, peritaje psicológico, prueba científica, prueba pericial, reglas de admisibilidad, reglas de valoración, valoración probatoria.

Abstract

The work traces the existing information on the technical-scientific appreciation of the psychological expertise in crimes against the integrity and sexual formation of minors, in order to elaborate and announce the condition of the corresponding art. To do this, it takes into account the criteria of probative assessment regulated in the Code of Criminal Procedure (CPP), where each means of evidence is described in detail and makes special reference to expert evidence (article 420 CPP). These guidelines are mandatory monitoring by the judge when evaluating the evidence, without this means a legal fee; For this reason, each of these guidelines is described and analyzed, namely: the technical-scientific and moral suitability of the expert; the clarity and accuracy of their responses; their response behavior; the degree of acceptance of the scientific, technical or artistic principles on which the expert is based; the instruments used; and the consistency of the set of answers.

Keywords

Admissibility rules, Daubert case, evidence assessment, expert evidence, psychological expertise, scientific evidence, technical-scientific assessment, valuation rules.

Introducción

La psicología es una de las ciencias que puede intervenir de modo crucial en los escenarios judiciales a través de los peritajes. Como disciplina que estudia el comportamiento humano para describirlo, explicarlo, predecirlo y controlarlo, se constituye en un valioso instrumento en el campo jurídico, a través de la llamada psicología jurídica, una sub especie de la psicología que estudia los comportamientos que pueden ser contemplados desde la perspectiva y las consecuencias jurídicas (Tapias & Hernández, 2011).

En este sentido, es un importante apoyo para los jueces al momento de analizar y tomar sus decisiones en los procesos penales a su cargo, a través de los llamados peritajes psicológicos y ello con total independencia de que su ofrecimiento para respaldar una determinada teoría, se haga por parte de la fiscalía o de la defensa. Por esta razón, hoy es una realidad que el psicólogo jurídico intervenga cada vez más como perito en los procesos judiciales de abusos sexuales contra los menores de edad, en especial, para determinar su credibilidad cuando estos se declaran víctimas de algún tipo de abuso sexual. Estos peritajes psicológicos deben valorarse con base en los criterios técnico-científicos consagrados en el artículo 420 de la Ley 906 de 2004.

En este contexto, este trabajo tiene por objeto describir el estado del arte en punto de la apreciación técnico científica del peritaje psicológico en delitos sexuales contra los menores de edad desde el punto de vista jurídico penal probatorio, es decir, según los criterios consagrados en el artículo 420 CPP. Se busca, por ende, ofrecer un panorama legal, jurisprudencial y doctrinal que permita reconocer sus

fundamentos y características esenciales, al igual que entender su importancia en nuestro medio, mejorar la comprensión de las normas colombianas correspondientes y hacer más eficaz su aplicación.

El problema se plantea desde dos preguntas básicas: ¿cuáles son los requisitos o criterios técnico-científicos para apreciar los peritajes psicológicos en casos de delitos sexuales contra menores de edad en el proceso penal colombiano?, y ¿cuál es el panorama del peritaje psicológico en casos de delitos sexuales contra menores de edad en Colombia, a la luz de los requisitos de cientificidad consagrados en el artículo 420 CPP?

Dar respuesta a estos interrogantes se justifica, por un lado, a partir de la escasa producción bibliográfica local sobre la materia y, por el otro, en atención a la relevancia que en el ámbito judicial han adquirido los delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales de niños y niñas. A lo anterior, se suma otro asunto importante, pues, a la luz de la máxima *judex est peritus peritorum* (el juez es perito de peritos), cabe reflexionar en torno al poder suasorio que el juez les imprime a los dictámenes periciales. En general, lo expuesto muestra la relevancia de este estudio, pues surgen importantes inquietudes: ¿analizan los jueces penales de manera teórica y práctica los requisitos de la prueba científica o pericial, en nuestro caso, la psicológica? ¿Examinan los principios científicos, instrumentos y metodologías utilizados por el perito psicólogo? O ¿solo parten de la condición de ‘perito psicólogo’ para valorar su testimonio a partir de tal calidad? Al parecer, esto último es lo que ocurre en los procesos penales y ello afecta de manera grave el respeto de las garantías de los intervinientes, porque el peritaje psicológico se ha convertido en un elemento fundamental de conocimiento para proferir una sentencia a partir de meras valoraciones personales subjetivas y no científicas.

Si se parte de que la impunidad debe evitarse a toda costa, se entiende entonces que los derechos de nuestros niños, niñas y adolescentes son prevalentes y que dicho principio debe regir para el Estado, la familia y la sociedad; en consecuencia, se infiere que sus victimarios deben responder desde la perspectiva penal para restablecer, por lo menos de manera mínima (el daño es, en realidad, irreparable), los derechos de las víctimas. Pero dicho principio no puede ser aplicado en los procesos penales de manera dogmática; los peritajes psicológicos realizados al menor de edad deben cumplirse de manera científica y, por eso, el CPP establece unos criterios de valoración probatoria a los cuales está sometido el fallador (arts. 380 y 420 CPP).

Se hace necesario, por lo tanto, que el testimonio de un psicólogo presentado como perito (junto con el informe que le sirve de base según el art. 415 CPP) sea valorado de manera científica, con apego a los criterios que establece el art. 420 CPP. De esta manera, al emitir una sentencia de condena debe predominar la responsabilidad penal del procesado más allá de toda duda razonable, pues se corre el riesgo de que personas inocentes puedan ser condenadas por circunstancias distintas

a la búsqueda de la justicia (venganza, intereses personales, no reconocimiento del error, una percepción equivocada de los hechos, una cacería de brujas, etc.).

Dicha garantía no es absoluta, pero minimizará el error judicial que se disfraza sobre la égida de los derechos de las víctimas y del interés superior del menor de edad, pues, es preciso reiterarlo, se deja sin posibilidades de una defensa real a quienes se les imputan delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, convirtiéndose el proceso penal en una simple formalidad para condenar, lo cual le ocasiona a la sociedad un perjuicio debido a la apariencia de justicia que esconde. Tanto la práctica como la apreciación de pericias psicológicas deben hacerse con la consulta de los criterios técnicos científicos, porque ello redundará en beneficio de la sociedad y de las víctimas y obligará a que los peritos psicólogos sean profesionales idóneos para cumplir tal finalidad.

El objetivo general del estudio es elaborar el estado del arte de las principales normas, doctrinas y jurisprudencias penales que existen en torno a la apreciación técnico-científica del peritaje psicológico en materia de delitos sexuales contra menores de edad en Colombia. Para ello, se pretende cumplir con tres objetivos específicos: identificar los criterios técnicos científicos de valoración probatoria del peritaje psicológico a la luz del derecho procesal penal colombiano; referir algunos de los principales pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia; y plantear una propuesta legal en relación con el art. 420 CPP que estimule futuras exploraciones teóricas.

Por tratarse de una investigación exploratoria y documental, su metodología es descriptiva y analítica, pues sintetiza la esencia de los trabajos, monografías, artículos y pronunciamientos jurisprudenciales penales del derecho local sobre la cuestión escogida y las principales referencias internacionales sobre la prueba científica. Se analiza, al menos en forma tangencial, la pertinencia, naturaleza y profundidad de las aludidas fuentes. El trabajo se basa en la ubicación y recolección de información textual, presente en diferentes bibliotecas de la ciudad, en bibliotecas virtuales y páginas *web* de instituciones académicas reconocidas. Solo para efectos ilustrativos, se revisó el índice temático de consulta de jurisprudencia de la relatoría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia donde se hallaron en el descriptor “prueba pericial: apreciación”, cuatro decisiones (radicados 28862 de 2008, 31795 de 2009, 32868 de 2010 y 39559 de 2013).

Desde el punto de vista doctrinario, se identificaron obras de autores que tratan sobre la prueba pericial psicológica, su importancia, finalidad y su valor en el proceso penal acusatorio colombiano. Sin embargo, es necesario reconocer que muy pocos desarrollan de manera específica la forma como debe valorarse dicho medio de prueba desde el punto de vista jurídico probatorio. Se reitera, son muy escasos los trabajos que se han escrito en materia de derecho penal procesal o de derecho probatorio sobre los criterios técnicos científicos que establece la Ley 906 de 2004, en especial, en el ámbito temático escogido en el presente trabajo. De ahí la necesidad y pertinencia de esta investigación.

Por cuanto mira con la estructura del artículo, en primer término, se aborda la científicidad de la prueba o prueba científica para establecer su equivalencia con la prueba pericial. Al respecto, se toma en cuenta la distinción de Gascón (2010) entre el control de admisibilidad procesal (pertinencia y legalidad) y el control de admisibilidad científica (validez científica) como controles previos al juicio oral de la prueba científica. Se advierte en este sentido que el primero hace parte del modelo europeo y el segundo del modelo angloestadounidense y se analiza por qué la Ley 906 de 2004 optó por el primero, para la audiencia preparatoria (fase intermedia). De forma sucinta se describen dos documentos de obligado conocimiento, relacionados con los criterios de valoración de la prueba pericial: el caso Daubert y el *Reference Manual of Scientific Evidence* del *Federal Judicial Center* (2011). Enseguida, se hace referencia a los antecedentes normativos en el ámbito procesal penal relacionados con los criterios de valoración probatoria, para terminar con el examen de la Ley 906 de 2004.

En un segundo momento, se continúa con la descripción doctrinaria y jurisprudencial de la apreciación técnico-científica de la prueba pericial en general (la ubicada en la relatoría de la Corte Suprema que se comentó antes), para desembocar en el tercer subtema de la prueba pericial psicológica en casos de delitos sexuales contra menores de edad. Para culminar, se concluye que la literatura sobre la apreciación técnico-científica del peritaje psicológico en delitos sexuales es casi nula y se formula una propuesta legal encaminada a que se produzca una reforma del artículo 420 CPP.

Todo lo anterior con la finalidad de desarrollar, profundizar y dar a conocer estudios en torno a los criterios de valoración probatoria, asimilables y aplicables en nuestro contexto. No de cada medio de prueba en general (testimonio, documento, peritaje, etc.), sino de cada uno en concreto que pueda servir de guía para casos semejantes; como podría ser el que se relaciona con la prueba científica, en nuestro caso, con la pericial psicológica en delitos sexuales contra los menores de edad y, dentro de esta, la que busca determinar la credibilidad del testimonio de menores de edad víctimas de abuso sexual.

Reseña sobre la apreciación judicial de la prueba pericial o prueba científica

Consideraciones previas.

Uno de los retos más relevantes del derecho probatorio moderno es la prueba científica (Taruffo, 2012, cuya autoridad académica es reconocida por especialistas en el tema de la valoración de la prueba científica en el proceso judicial: Ferrer, 2006; Ibáñez, 2009; Gozaíni, 2012; Iuris, 2012, entre otros); sin embargo, aunque existe un conocimiento mínimo sobre la materia, la fuente bibliográfica que más se aproxima a su desarrollo actual es el *Reference Manual of Scientific Evidence* del *Federal Judicial Center, United States of America*. La prueba científica, pues, ha adquirido hoy gran relevancia debido a que cada vez se utilizan peritajes con mayor frecuencia en los diversos procesos judiciales (Breyer, 2011; Taruffo, 2012); por ello, el uso de las mismas en el proceso contemporáneo, esto es, la motivación o

fundamentación de la decisión del juez en conocimientos científicos, minimiza en gran medida la incertidumbre, la subjetividad y la arbitrariedad, para generar un aumento en el grado de certeza dada la posibilidad de verificación de la información que se ofrece con tales medios de prueba (Taruffo, 2009).

Sin embargo, algunos autores identifican la prueba científica con la prueba pericial (Devis, 1971; Verbic, 2008; Taruffo, 2012; Fernández, 2012; Lluch, 2012; Vázquez, 2013), entendiéndola como aquella que requiere el conocimiento de un experto “en la materia y la aplicación de un procedimiento reglado” (Fernández, 2012, p. 70) en aspectos tan especializados como pruebas de ADN, balística, peritaje psicológico, etc. No obstante, los métodos científicos no originan nuevos medios de prueba (tanto para su formación como para determinar su veracidad), sino que son una adecuada forma de averiguar o precisar la verdad (Denti, 1972).

Sin embargo, para otros expositores (Pabón, 2006; Falcón, 2012; y, Gozaíni, 2012) la prueba científica no es pericial; aquella es un medio de prueba independiente no legislado (Falcón, 2012; Gozaíni, 2012). A este respecto, adviértase que los modelos adoptados por los Estados pueden ser de dos clases: 1) un sistema de pruebas típicas, que es un modelo cerrado, en estos casos, el legislador establece de forma taxativa cuáles son los medios de prueba, de manera que los no consignados de forma expresa en la ley se consideran prohibidos por ese solo hecho; y, 2) un sistema de pruebas atípicas, esto es, un modelo abierto, en cuya virtud existe libertad para solicitar, presentar, admitir, practicar y valorar cualquier medio de prueba, se encuentre o no especificado por la ley, siempre que no viole derechos fundamentales o el ordenamiento jurídico. De los arts. 373 y 382 CPP se puede inferir que el legislador optó en el proceso penal por un sistema de pruebas atípicas, teniendo en cuenta que los medios de conocimiento que relaciona el Código son solo enunciativos.

Por supuesto, no es esta la oportunidad para discutir esta cuestión pero se debe precisar que la prueba pericial es un concepto general y la prueba científica uno específico. El primero, relacionado con cualquier conocimiento científico, técnico, artístico o especializado al que se refiere el art. 405 de la Ley 906 de 2004; mientras que, el segundo, se vincula solo y de manera exclusiva con el conocimiento científico (Ferreira de la Rúa & Bella, 2008). Así las cosas, para los efectos de este trabajo, se acoge la equivalencia entre prueba científica y prueba pericial.

Así las cosas, como se hace necesaria la aportación de los conocimientos técnico científicos por parte de un perito al proceso, el problema se centra en saber cuáles son los criterios que debe seguir el fallador para realizar una correcta apreciación de la prueba científica o la prueba pericial aportada. Aquí se debe distinguir entre los sistemas (derecho continental o *civil law*) que posibilitan al juez decretar de oficio el auxilio de peritos, de aquellos (*common law*) que dejan la aportación de la prueba pericial como una facultad exclusiva de las partes (Denti, 1972; Taruffo, 2005; Granados, 2005; Ramírez, 2006; Vázquez, 2013). Sin embargo, en los Estados Unidos de América, pese a no ser una práctica judicial muy usual, la Regla

Federal de Evidencia 706 (2014) consagra la posibilidad de que los juzgadores designen expertos o peritos de manera oficiosa (Chiesa, 1995; Taruffo, 2003; Muñoz, 2006; Verbic, 2008). En el derecho positivo, el CPP vigente adoptó el sistema del *common law* y, en su artículo 361, establece que al juez de conocimiento le está vedado decretar la práctica de pruebas de oficio; sobre ello, la Corte Constitucional (Sentencia C-396 de 2007) señala que tal prohibición hace parte del sistema penal acusatorio adoptado por la Constitución, no obstante lo cual esta prohibición no es absoluta, por cuanto los jueces con funciones de control de garantías sí podrían decretar la práctica de pruebas de oficio para la toma de decisiones relacionadas con la materia objeto de control.

Ahora, respecto al control de la prueba científica, la Ley 906 de 2004 optó por el modelo europeo o *civil law* (Fernández, 2012 y Lluch, 2012), cuyo control se desarrolla en la etapa de valoración de la prueba, pues, de forma previa, solo está sometida a simples razones de pertinencia; ello al contrario de lo ocurrido en el modelo angloestadounidense, en el cual existe un control de admisibilidad anterior al juicio oral y en el que se determina la validez científica de la prueba. El primero, se denomina como control de admisibilidad procesal de la prueba (pertinencia y legalidad), mientras que el segundo se comoce como un control de admisibilidad científica de la prueba (validez científica) (Gascón (2010)); por ello, en el modelo europeo, todas las pruebas científicas pertinentes y legales deben ser admitidas, remitiendo la cuestión de la validez científica al momento de la valoración probatoria, es decir, no se evalúa en el trámite de admisibilidad de la prueba y se confunde con la fuerza probatoria de la misma (Gascón, 2010).

La admisibilidad en sentido estricto, debe ser definida como la aceptación por parte del juez del medio de convicción que se presenta por las partes y en el que se califica con antelación su legalidad y pertinencia, sin que ello signifique una valoración de su fuerza probatoria (Devis, 2010). En el sistema penal acusatorio vigente, tanto la defensa como la fiscalía tienen el deber de fundamentar –en la audiencia preparatoria– la admisibilidad de los elementos materiales probatorios o testimonios que pretenden llevar al juicio oral. Si bien, el escenario procesal penal por excelencia para realizar el análisis de admisibilidad por el juez es la audiencia preparatoria (arts. 357 y 359 CPP), también es cierto que, de acuerdo con la jurisprudencia penal, el decreto de los medios de prueba en esta audiencia no impide que el juez en el juicio verifique que su práctica se ciña a los motivos que fundamentaron su admisión.

A este respecto, la jurisprudencia señala que, al ubicarse las disposiciones atinentes a la pertinencia y la admisibilidad de los medios de prueba en el Capítulo III del Título IV CPP –relativo a la práctica de la prueba en el juicio–, este es el momento en el que, de verdad, se hace evidente lo concerniente a la admisibilidad de las pruebas por cuanto ellas se decretan en la audiencia preparatoria sin que se conozca con certeza su contenido, “sino basándose únicamente en la justificación que ofrezca la parte interesada en la respectiva solicitud probatoria”. Por esta razón, el juez:

queda facultado para que durante su práctica en el juicio, pueda verificar que la misma cumple el presupuesto de pertinencia, para lo cual habrá de confrontar lo que la prueba muestra con los hechos o circunstancias que se busca demostrar, y también con las razones esgrimidas cuando se pidió su admisión. (Corte Suprema de Justicia, Auto 36784, 2012).

Ahora bien, el art. 376 CPP consagra las condiciones generales de admisibilidad probatoria al señalar que toda prueba pertinente es admisible, salvo que: (a) exista peligro de causar grave perjuicio indebido, (b) tenga una probabilidad de generar confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio, y, (c) sea dilatoria del procedimiento de forma injusta; por lo tanto, el medio de prueba que no es pertinente no es admisible (Defensoría del Pueblo, T. I., s.f.). Por otra parte, la admisibilidad específica de cada medio probatorio depende de sus normas particulares, pues el art. 376 CPP es la norma general que condiciona su ingreso al proceso a partir de la legalidad y la pertinencia de la misma y, por consiguiente, establece el control general de admisibilidad en un momento previo al juicio oral (Defensoría del Pueblo, T. I., s.f.); el modelo adoptado aquí, puede decirse, es un control general de admisibilidad procesal.

Sobre ello, debe señalarse que revisadas las Actas de la Comisión Redactora del texto que introdujo el llamado Sistema Penal Acusatorio SPA, se encontró que no fue discutido el tema de la admisibilidad en la audiencia preparatoria de la prueba de manera general o de forma especial de la prueba pericial. Tampoco, se trató la cuestión de la validez científica de la prueba pericial, menos como control de admisibilidad científica previo al juicio oral en aplicación de los criterios de científicidad fijados en el caso Daubert. Lo que sí se mencionó, de forma muy breve, al discutirse sobre la Casación en el Acta 31, fue la importancia de unificar la jurisprudencia y el tema de admisibilidad en el entendido sobre qué prueba se puede ver o no en juicio (Granados, 2005). Sin embargo, tal y como quedó el texto de la Ley 906 de 2004, y se evidencia en la praxis jurídica, se colige sin mayor dificultad la adopción del modelo europeo en materia de control de admisibilidad de la prueba científica en los términos expuestos en el presente trabajo.

Ahora bien, el control especial de admisibilidad de la prueba científica o pericial previo al juicio oral, esto es, en la audiencia preparatoria, que sigue siendo solo procesal como se demostrará en seguida, se puede abordar desde dos puntos de vista: el normativo (el deber ser o lo que dice la norma procesal penal) y el descriptivo (lo que es o lo que sucede usualmente en la práctica judicial).

Una interpretación exegética de los arts. 412, 413 y 414 CPP nos indica las ‘condiciones especiales de admisibilidad procesal’ que deben verificarse en la audiencia preparatoria y se refieren a la presentación de informes de peritos por las partes (no se verifica su validez científica, sino la existencia del informe) y la certificación que acredite la idoneidad de los peritos. De acuerdo con el Código, de admitirse el informe por parte del juez en la audiencia preparatoria, se citará al perito que lo

suscribió para que concurra al juicio oral con el fin de ser interrogado y contrainterrogado.

Ahora bien, muchos jueces aplican la interpretación anterior al realizar el estudio de admisibilidad de las pruebas periciales, con la curiosidad de que la exigencia de la certificación que acredita la idoneidad del perito no le es impuesta a la fiscalía bajo el argumento de que dada su calidad de servidores públicos debe presumirse la legalidad de sus actos (Jiménez *et al.*, 2009; 2012)). No obstante, aunque la Ley 906 de 2004 no lo requiere así de manera clara (arts. 413 y 408), es conveniente que al realizar la petición de la prueba pericial en la audiencia preparatoria se acredite la idoneidad del perito por medio de la presentación de la hoja de vida con sus anexos, para evitar “que una malintencionada oposición o una desafortunada interpretación judicial ocasionen el rechazo de la solicitud probatoria” (Albarracín, 2009, p. 57). Así mismo, de ser posible también debe acompañarse el informe pericial que se pretende incorporar en el juicio a través del testimonio del perito.

No obstante, la conclusión descrita es equivocada (Jiménez, 2012; Albarracín, 2009), puesto que, interpretados sistemáticamente los arts. 412, 413 y 414 CPP en armonía con los arts. 408 y 417 *ibídem*, la certificación de idoneidad no es una condición de admisibilidad, porque para ello se puede utilizar cualquier medio de prueba admisible, incluida la propia declaración de la persona que se presenta como perito, la cual puede acreditarse en la misma audiencia del juicio oral. No obstante, la eventualidad descrita no es una situación frecuente en la práctica judicial en el sistema penal acusatorio colombiano (Jiménez, 2012), porque son casos excepcionales los casos de inadmisión, con la aclaración de que estos se refieren a aquellos informes periciales que no fueron obtenidos en la etapa de investigación o lo fueron de manera posterior a la audiencia preparatoria. Lo que casi siempre se presenta en los procesos penales es que la idoneidad del perito se verifique en el juicio oral.

Para sustentar lo expuesto y con el fin de aproximar estas reflexiones al contexto judicial, una encuesta realizada de manera aleatoria a defensores públicos y de confianza –‘privados’–, muestra cual es la situación real. No obstante, para una valoración real del asunto resulta importante tener presente, en primer lugar, que según un estudio realizado por la Universidad Javeriana, a 2010, la carga anual de los defensores públicos era de 161 procesos en el sistema penal acusatorio, mientras que la de los defensores privados era solo de 5 (Hernández, 2010) y, a tono con la Corporación Excelencia en la Justicia CEJ (2010), a 2008, los defensores públicos en el sistema penal acusatorio atendieron un total de de 72.786 procesos.

En segundo lugar, la población encuestada estuvo integrada por abogados adscritos a once defensorías regionales (Bogotá, Guajira, Boyacá, Antioquia, Amazonas, Cauca, Valle del Cauca, Guaviare, Guainía, Magdalena Medio y Meta) –incluida la de Bogotá, en cuya regional la encuesta se realizó a través de cuatro profesionales administrativos y de gestión (coordinadores), un coordinador académico y un asesor de la unidad operativa de investigación criminal de la Dirección

Nacional de Defensoría Pública– de las 36 existentes en la Defensoría del Pueblo encargadas de prestar el servicio de defensoría pública en el sistema penal acusatorio y cuatro –de los doce– defensores públicos de la Oficina Especial de Apoyo de la Dirección Nacional de Defensoría Pública, en todo el país. Asimismo, por el lado de los defensores privados, se entrevistó a abogados pertenecientes a una firma.

La encuesta constaba de dos preguntas: 1) ¿Tiene usted conocimiento de algún caso en el sistema penal acusatorio colombiano, en el cual en la audiencia preparatoria el juez de conocimiento haya inadmitido una solicitud de prueba pericial porque la parte solicitante no aportó la certificación que acreditara la idoneidad del perito? 2) ¿O porque la parte solicitante no acompañó a la solicitud en la audiencia preparatoria el correspondiente informe pericial? La mayoría de las respuestas fue negativa. Sin embargo, se halló un caso conocido por la defensoría pública en Bogotá, D. C., en el cual la respuesta a la primera pregunta fue positiva y tuvo lugar en un proceso por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, seguido ante el Juzgado 7 Penal del Circuito; la decisión fue apelada por la defensa y la decisión fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Así las cosas, de la encuesta realizada y sus resultados (un solo caso hallado de inadmisión en la audiencia preparatoria por ausencia de la certificación de idoneidad), se puede concluir que la interpretación descrita antes acontece de forma muy excepcional. Incluso, en la práctica judicial, se evidencia que la fiscalía anuncia con alguna frecuencia en el escrito de acusación y, luego, en la audiencia de formulación de acusación, un informe pericial que será presentado con posterioridad, pero el mismo tampoco es entregado muchas veces en la audiencia preparatoria (Martínez, 2013; González, 2014; Rivera, 2014).

También, acontece que la fiscalía anuncia el informe pericial en la audiencia de formulación de acusación –y luego en la audiencia preparatoria– con el fin de entregarlo al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública del juicio en donde se practicará la peritación, sin perjuicio del correspondiente descubrimiento (Martínez, 2013; González, 2014; Rivera, 2014). Este descubrimiento se cumple, de acuerdo con la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia 25920 de 2007), con el acatamiento del deber funcional de la fiscalía de anunciar desde el escrito de acusación las pruebas que hará valer en el juicio oral o informando a la defensa las que va a utilizar para sustentar la acusación. En este caso, la realización futura y entrega de un informe pericial y su correspondiente incorporación a través del respectivo perito puede hacerse, incluso, desconociéndose cuál es el perito que de manera particular elaborará dicho informe en la audiencia preparatoria y, por consiguiente, es imposible verificar la idoneidad de un perito que en ese momento procesal no se conoce.

Lo anterior, también aplica para la defensa, tal y como ocurre en la práctica judicial. Inclusive, se conoce de casos en los que la defensoría pública solicita pruebas periciales en la audiencia preparatoria previo informe en el sentido de que existe

una solicitud para designar un perito ante la Unidad Operativa de Investigación Criminal de la Defensoría Pública UOIC y, por ende, después de argumentar solo razones de pertinencia de la prueba pericial y comprometiéndose a suministrar con posterioridad el informe pericial y los datos del perito –en todo caso, antes de los cinco días a su práctica en el juicio oral– (González, 2014 y Rivera, 2014). No obstante, téngase en cuenta que el artículo 415 CPP consagra que en ningún caso el informe será admisible como evidencia si el perito no declara en el juicio oral, con lo cual, concluye Bedoya (2008), si el perito declara en el juicio el mismo sí sería admisible como evidencia para que el juez tenga un mejor conocimiento del caso al momento de la correspondiente valoración probatoria.

Además, para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia 25920 de 2007), la base de la opinión pericial, que es el informe pericial, cuando se obtiene en la fase investigativa, “se sujeta a las reglas de descubrimiento y admisión en la audiencia preparatoria” (art. 414 CPP) o “se rinda en audiencia pública, cuando así lo solicita la parte interesada” (art. 412 CPP). De manera que, si la obtención del informe del perito es posterior a la audiencia preparatoria, es viable el empleo de dicha evidencia siempre que se descubra con cinco días de anticipación a la celebración de la audiencia pública donde se practicará la peritación (Bedoya, 2008; Fiscalía, 2009). Así mismo, para la Fiscalía General de la Nación (2009, pp. 153-154), “(la prueba) pericial está regulada por el principio de pertinencia en cuanto a la admisibilidad se refiere”, pues “los principios en que se fundamentó el perito; las reglas de procedimiento que siguió; el método que utilizó; su grado de confiabilidad; los instrumentos que usó; [esto es, su validez científica], son aspectos de singular importancia, [sobre los cuales] se ocuparán las partes de interrogarlo en el juicio oral para verificar su conocimiento e idoneidad”, mientras el juez lo hará al momento de la valoración.

Lo ideal, pues, es que en la audiencia preparatoria se genere un espacio *ex ante* en el que se discuta sobre la idoneidad del perito que va a declarar en el juicio oral, para evitar que en él declaren personas que no poseen la experiencia o preparación en el área científica, técnica o especializada respectiva; obvio es decirlo, lo anterior también puede discutirse en sede de juicio oral (Albarracín, 2009). Esto último, es lo que ocurre por regla general en los actuales procesos penales. Al respecto, recuérdese que en el sistema estadounidense varias de sus reglas probatorias y el análisis teórico correspondiente giran en torno a qué pruebas se presentarán al jurado y, por esta razón, los controles de admisión son más relevantes en su régimen de prueba que en el sistema europeo o *civil law* (Vázquez, 2013). Por ello, al disponer el control de admisibilidad de la prueba científica antes de su práctica o previo al juicio en el sistema penal acusatorio colombiano, se hace referencia de forma exclusiva al control realizado en la etapa intermedia de preparación del juicio, esto es, la audiencia preparatoria (la puerta de entrada de los medios de prueba al proceso para hacerlos valer en el juicio oral), el cual difiere del control de admisibilidad de la prueba pericial en el juicio oral o durante su práctica en lo que a la oportunidad procesal se refiere. Tal vez por ello, para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Auto 36784 de 2012), el juez está facultado para que,

durante su práctica en el juicio oral, verifique si se cumple con el presupuesto de la pertinencia teniendo en cuenta las razones que fundamentaron su admisión. En todo caso, el control previo que se realiza en Colombia es procesal y no científico.

Por último, la presentación del informe pericial para ser incorporado como evidencia a través del perito durante su declaración en el juicio oral, se relaciona con las reglas de incorporación de los elementos materiales de prueba y evidencia física, documental y pericial para que sean tenidos en cuenta como pruebas dentro del juicio oral y en donde el juez decide sobre su admisibilidad. Recuérdese que la prueba científica o pericial está conformada por dos actos: uno, el informe del perito (base de la opinión experta) y, otro, el testimonio personal de este último dentro del juicio oral (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencias 29609 de 2008 y 31795 de 2009); además, téngase en cuenta que no existe una normatividad sobre el método de incorporación y autenticación de las evidencias en el juicio oral. No obstante, se puede acudir a los principios generales de la prueba y a la legislación comparada para incorporar en el juicio oral la evidencia y que pueda ser valorada por el juez, siguiendo las siguientes etapas: “establecer las bases probatorias para la incorporación”; “marcar como identificación y pedir permiso al juez para su exhibición al testigo”; “mostrar la identificación a la otra parte”; “establecer las bases probatorias para la autenticación y autenticar”; “ofrecer como medio de prueba [o evidencia] autenticada” y “admitir como medio de prueba o [evidencia]” (Reyes & Said, 2009).

En el apartado siguiente se describe lo que ocurre en el sistema estadounidense a propósito del control de admisibilidad de la prueba científica (validez científica) anterior al juicio oral en aplicación de los requisitos del caso Daubert. Al hilo de ello, se propone reflexionar sobre el control de admisibilidad previo al juicio oral que se hace en Colombia.

Dos necesarias referencias internacionales.

Antes de conocer cuáles son los criterios para la correcta valoración de la prueba en el proceso penal colombiano, en especial, de la pericial y, sobre todo, en los casos de delitos contra la integridad y formación sexual de los menores de edad, se hace necesario revisar dos pautas que, según Taruffo (2012), son el caso Daubert de la Suprema Corte de los Estados Unidos y el *Reference Manual of Scientific Evidence* (Federal Judicial Center, 2013).

El Caso Daubert.

En esta decisión se trató de manera concreta sobre la admisibilidad de la prueba novel científica en el juicio oral; la discusión giró en torno a la continuidad de la regla de aceptación general establecida en el caso Frye en 1923 y de su inaplicabilidad, en razón de la adopción de las Reglas Federales de Evidencia de 1975. La prueba de Frye tiene su origen en la admisibilidad de la prueba de engaño de presión sistólica de la sangre, un cruel predecesor de la máquina del polígrafo; como la misma no se encontraba acreditada en debida forma, esto es, no contaba con la

aceptación general en el campo particular al que pertenecía, ella fue declarada inadmisibile (Federal Judicial Center. National Research Council, 2011).

Al respecto, recuérdese que los padres de los niños Jason Daubert y Eric Schuller demandaron a Merrell Dow Pharmaceutical, porque los menores nacieron con graves defectos congénitos, debido a la ingestión por parte de las madres de Bendectin, un medicamento que se les recetó contra las náuseas, comercializado por el demandado. Este alegó que el producto Bendectin no causaba malformaciones congénitas en los seres humanos y que los demandantes no podían presentar cualquier prueba para demostrar su teoría. Para apoyar su defensa, el demandado presentó una declaración jurada de Steven H. Lamm, médico y epidemiólogo, experto acreditado sobre los riesgos a la exposición a diversas sustancias químicas. El Dr. Lamm declaró que había revisado la literatura científica existente sobre el Bendectin y concluyó que esta no era una sustancia capaz de provocar malformaciones en los fetos. Los demandantes, a su vez, no impugnaron los estudios publicados sobre Bendectin y, en su lugar, respondieron a la defensa del demandado con el testimonio de otros ocho expertos, cada uno de los cuales también poseían impresionantes credenciales. Estos últimos concluyeron que el Bendectin podía causar defectos de nacimiento; sus conclusiones fueron producto de diversos estudios en animales sobre la base *in vitro* (tubo de ensayo) e *in vivo* (en seres vivos) en los que se encontró un vínculo entre el Bendectin y las malformaciones. Es más, se realizaron estudios farmacológicos sobre la estructura química del Bendectin que pretendían mostrar similitudes entre la estructura de la droga y de otras sustancias que causaban defectos de nacimiento, así como el nuevo análisis de los estudios epidemiológicos publicados anteriormente (Federal Judicial Center. National Research Council, 2011).

De acuerdo con el estándar Frye, que era el predominante y aceptado por la mayoría de los tribunales estadounidenses, la opinión de expertos era inadmisibile a menos que la teoría o técnica fuese aceptada de manera general por la comunidad científica a la que pertenece. Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos resolvió el problema con base en la aplicación e interpretación de las normas federales y, de manera concreta, la Regla 702 que rige el testimonio de expertos, para afirmar que nada dice el texto normativo sobre la aceptación general como condición *sine qua non* para la admisibilidat, por lo cual concluyó que la doctrina Frye era incompatible con las Reglas Federales de Evidencia y, por tal razón, decidió que no debía aplicarse.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (1993), con base en las Reglas Federales de Evidencia 104 (a) 10, 402, 401, 701, 703 y, en especial, la 702, ha fijado de manera general los seis criterios de admisibilidat para que un experto o científico rinda testimonio en el juicio oral: en primer lugar, la prueba debe ser relevante. Ello se traduce en la pertinencia y significa que debe referirse a los hechos en cuestión o a sus consecuencias, al igual que a su determinación más o menos probable. De este modo, debe ayudar al juez a comprender la evidencia o a determinar un hecho en discusión y, además, debe fijar una conexión científica

con los hechos objeto del proceso. La pertinencia es, por lo tanto, una condición para la admisibilidad.

En segundo lugar, la prueba debe ser fiable, pues la fiabilidad se obtiene de un procedimiento adecuado y con resultados lógicamente obtenidos, en donde se examina la coherencia del informe (metodología, resultados y conclusiones); el objeto del testimonio experto (peritaje) ha de ser un conocimiento científico que ayude al juez a comprender la evidencia o a determinar un hecho en cuestión (Verde, 2005). El término 'científico' se relaciona con los métodos y procedimientos que la ciencia utilice, por ello, deben ser conocidos con suficiencia para que se establezca un estándar de prueba confiable basado en el conocimiento y la experiencia del experto en una disciplina.

En tercer lugar, la teoría o técnica científica en la que se basa la prueba ha de ser verificada o probada para determinar si puede ser falsificada, así, el estatus científico de una teoría o técnica es su falsabilidad o refutabilidad o su capacidad de prueba; la irrefutabilidad no es una virtud, sino un vicio (no puede ser científica), por lo cual la refutabilidad (intento por desmentir o refutar una teoría) es el criterio que establece el estatus científico de una técnica o teoría (Popper, 1980, p. 39). La metodología es válida desde el punto de vista científico y adecuada para aplicarla a los hechos que se pretenden entender o determinar.

En cuarto lugar, la teoría o técnica en la que se basa la prueba es la verificación sobre si ha sido sometida a revisión por sus pares o ha sido objeto de publicación, pero la publicación no es un requisito *sine qua non* para la admisibilidad de la prueba, dado que no se relaciona con su fiabilidad; en consecuencia, será importante, aunque no decisiva. En quinto lugar, debe considerarse el conocido o potencial margen de error de la técnica científica utilizada. Y, en sexto lugar, la aceptación general de la comunidad científica de los principios y la metodología en que se apoya la prueba pericial es primordial; no obstante, la aceptación general no es un requisito necesario para la admisión de los testimonios de expertos.

La evaluación de la admisibilidad del testimonio experto recae solo sobre los principios y la metodología de la ciencia, no sobre las conclusiones que genera; empero, esta prueba puede ser excluida si causa un perjuicio injusto, induce en error al jurado o genera confusión (Regla 403, similar al art. 376 de la Ley 906 de 2004), porque estos criterios son solo estándares o condiciones de científicidad (Taruffo, 2005 y 2006). El juez no puede asumir una posición pasiva frente a la prueba científica que se le presente sino que, en su papel de *gatekeeper*, debe proceder a verificar la validez y atendibilidad de la misma, de tal forma que pueda comprobar la admisibilidad de su declaración como experto para el juicio oral; su objetivo es, pues, el de dejar por fuera de la esfera de las decisiones judiciales a la pseudociencia (Taruffo, 2005).

Como ya se dijo, se denomina 'control de admisibilidad científica' la verificación de la validez científica de la prueba hecha por el juez, de manera previa al juicio oral y en aplicación de los requisitos del caso Daubert; mientras que, acorde

con el modelo europeo sobre el particular, la validez de la prueba científica se hace a propósito de la valoración de la prueba, de allí que se hace necesario esclarecer “la distinción entre *validez o fiabilidad científica* de la prueba y su *valor probatorio*” (Gascón, 2010).

La primera está condicionada por el control previo “de sus postulados ajustado a una metodología científica”, esto es, “no es algo que haya que dar por descontado, sino que depende de la *validez científica del método usado*, de que se haya utilizado la *tecnología apropiada* y de que se hayan seguido rigurosos *controles de calidad*” (Gascón, 2010, p. 90). La segunda, por su parte, consiste en que el juez atribuye a las conclusiones del informe pericial –y de la declaración del perito– “un peso en la formación de su convicción sobre las hipótesis de las partes” (Gascón, 2010, p. 101). Por esta razón, el test Daubert no incluye la evaluación de las conclusiones de la prueba científica, porque esta sí se realiza en la etapa de valoración probatoria; el caso Daubert establece criterios de admisibilidad y no de valoración de la prueba científica, que se aplican a toda clase de pruebas periciales inadmitiéndose las poco fiables (Ramírez, 2006; Allen, 2012). Ahora bien, con independencia del modelo por el que se opte, “la admisibilidad de las pruebas depende mucho de si se da o no por descontada su fundamentación científica” (Gascón, 2010, p. 94).

Como se mencionó en el capítulo anterior, la Ley 906 de 2004 optó por el modelo europeo o de *civil law* (Fernández, 2012; Lluch, 2012) y el control admisibilidad previo al juicio oral, esto es, el realizado en la audiencia preparatoria, es de carácter procesal y no científico, pues no se verifica la validez científica del informe pericial que se enuncia y presenta como evidencia y que será incorporada al juicio oral a través de la correspondiente declaración del perito. En principio, la audiencia preparatoria es la oportunidad en que se constata la pertinencia de la prueba pericial y la presentación del informe del perito por la parte interesada, si este se obtuvo en la fase investigativa, sin que haya lugar a cuestionamientos distintos a las mismas razones de pertinencia.

Así lo expresa la jurisprudencia de manera general, por cuanto las pruebas se decretan en la audiencia preparatoria sin que se conozca con certeza lo que será su contenido, “sino basándose únicamente en la justificación que ofrezca la parte interesada en la respectiva solicitud probatoria” (Corte Suprema de Justicia, Auto 36784, 2012). Por ello, el caso Daubert “es un mínimo tratado de epistemología” (Taruffo, 2014) y, a partir de él, la tendencia en los actuales procesos judiciales es hacer menos referencia a las máximas de la experiencia, el sentido común y la cultura media y, con más frecuencia, aludir a la ciencia como tipo de conocimiento para resolver problemas que desbordan la cultura del hombre común.

El Manual de referencia sobre evidencia científica.

Este texto o *Reference Manual on Scientific Evidence* es fruto de las elaboraciones llevadas a cargo por el Federal Judicial Center (2011) que, con toda razón, es calificado como un material único sobre pruebas científica (Taruffo, 2012). Desde luego, no cabe duda en el sentido de que, en materia de la admisibilidad del testimonio

de expertos, la trilogía Daubert (casos Daubert *v.* Merrell Dow Pharmaceuticals; General Electric *v.* Joiner; Kumho Tire *v.* Carmichael; y Weisgram *v.* Marley) cambió de forma drástica el testimonio de testigos expertos en los procesos judiciales, pese a que el interés de la Corte era fijar unos criterios que sirvieran de guía a los jueces de primera instancia para la admisibilidad de las pruebas periciales, no obstante su generalidad fue una circunstancia que propició muchas críticas y conflictos inclusive entre las Reglas Federales de Evidencias y las propias directrices Daubert (Berger, 2011). Por eso, el susodicho Manual, dirigido a los jueces para facilitar su entendimiento de la ciencia y sus aspectos éticos, así como para que los diferentes peritos o científicos conozcan la práctica legal y del testimonio judicial, es, en los Estados Unidos, un esfuerzo científico-jurídico en orden a promover el interés en la búsqueda de la verdad y la justicia (Breyer, 2011).

Antecedentes de los criterios de apreciación de la prueba penal en Colombia.

Los criterios de valoración de la prueba no son una primicia traída por el sistema penal acusatorio actual; los Decretos 1345 de 1970 y 409 de 1971 ya otorgaban valor probatorio a determinados medios de prueba bajo las figuras jurídicas de prueba plena y prueba incompleta: el Decreto 1345 de 1970 establecía el valor probatorio para el acta de inspección (art. 222), para un solo indicio (art. 224), para el testimonio (art. 213), el documento público (art. 256), el documento privado (art. 257), el reconocimiento de documentos (art. 258), la confesión (art. 260) y el dictamen del perito (art. 274); en este último caso, la norma establecía que el dictamen del perito por sí solo no era plena prueba. Salvo por lo atinente al reconocimiento de documentos, el Decreto 409 de 1971 repitió la fórmula en los mismos medios de prueba (arts. 228, 230, 236, 261, 262, 264 y 278).

El Decreto 50 de 1987 consagró la regla general para la apreciación de la prueba en el art. 253 y estableció que los medios de prueba debían valorarse en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica. De modo especial, reguló la apreciación del testimonio (art. 295) y, por primera vez, utilizó con la confesión la expresión “criterios para apreciar” (art. 300). Asimismo, el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 incluyeron unos criterios de apreciación. En la primera normatividad, dichos criterios (art. 254) se establecieron de forma específica para el dictamen (art. 257), el testimonio (art. 294), la confesión (art. 298) y los indicios (art. 303). En la Ley 600 de 2000, la regla general sobre la apreciación de los medios de prueba se encuentra en su art. 238 y, de manera especial, se consagraron para el dictamen (art. 257), el testimonio (art. 277), la confesión (art. 282) y los indicios (art. 287).

Los criterios para apreciar la prueba regulados en la Ley 906 de 2004.

El art. 380 de la Ley 906 de 2004 establece los criterios de valoración probatoria y remite a las normas que los desarrollan a propósito de cada medio de prueba; también, se regulan, de forma especial, los criterios de apreciación técnico científicos de las pruebas testimonial (art. 404), pericial (art. 420), documental (art. 432) y de referencia (art. 441). Sin embargo, la doctrina si bien no habla de manera expresa sobre la apreciación técnico científica de las pruebas penales, incluye dichos

criterios dentro del método de las reglas de la sana crítica para valorar las pruebas, al fundamentar normativamente la adopción de la sana crítica como método de valoración probatoria en el sistema penal acusatorio con base en los arts. 404, 420, 432 y 441 CPP, que contienen los criterios técnico-científicos para valorar cada uno de los medios de prueba consagrados en dicha normatividad (Parra, 2011).

Tal vez por ello, dentro de su clasificación de los sistemas de valoración de las pruebas judiciales, se incluye de manera independiente el sistema de la apreciación técnico científica o de la científicidad, acorde con el cual para la averiguación de la verdad en materia penal se debe acudir a las ciencias (medicina, física, sicología, biología, etc.) (Zarazo, 2010). A su vez, otros expositores refieren que la apreciación técnico científica de la prueba penal desde la Ley 600 de 2000, debe llegar a la “época científico-crítica del futuro” (Morales, 2001, pp. 113-114) a la que aludió Enrico Ferri; según eso, el hecho de que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se preocupe por otorgarle a las reglas de la sana crítica un carácter científico, es un acercamiento a los criterios técnico científicos de apreciación de las pruebas penales.

Ahora bien, ¿qué ha dicho la jurisprudencia sobre los criterios técnicos científicos para valorar las pruebas penales en el actual sistema penal acusatorio colombiano? La Corte (Sentencias 24468 de 2006, 26618 de 2007, 26276 de 2007, 28888 de 2008, 29053 de 2008, 28935 de 2009, 30935 de 2009, 33420 de 2010, entre otras) menciona el tema de manera tímida y solo ilustrativa (*obiter dictum*), al valorar la admisibilidad de las demandas de casación en algunas providencias y, en otros casos, en sentencias de casación, expresa que los juzgadores deben observar los criterios técnicos científicos normativamente determinados en la valoración de cada medio probatorio en particular (art. 380 CPP), so pena de incurrir en una violación indirecta de la ley penal sustancial por error de hecho por falso raciocinio. En este evento, el demandante en casación deberá precisar la norma de derecho procesal que establece los criterios de valoración de la prueba cuya apreciación se cuestiona, señalar cuál o cuáles criterios fueron desconocidos en el caso particular y, agréguese, demostrar la influencia que dicho yerro tuvo en la parte resolutive de la sentencia.

Además, la expresión ‘criterios técnicos científicos para valorar cada medio probatorio’, es utilizada por la Corte Suprema de Justicia en las decisiones ya descritas. De forma curiosa, sin embargo, la Corte (Sentencia 24468 de 2006 y Auto 26618 de 2007) reconoce que el denominado método técnico científico es auspiciado por la doctrina (Morales, 2001) y admite que la Ley 906 de 2004 “trató de perfeccionar o dar más realce a la metodología técnico científica para producir y apreciar las pruebas, estableciendo ‘reglas’ relativas a los distintos medios de conocimiento”.

La doctrina y la jurisprudencia penal nacionales sobre la apreciación técnico-científica de la prueba pericial

Los criterios de apreciación técnico científica o de valoración probatoria de la prueba pericial se encuentran consagrados en el art. 420 CPP; pautas estas

obligatorias para el juez al momento de la valoración probatoria, sin que ello signifique la existencia de una tarifa legal. No hay una tarifa científica, pues es el juez quien le da el valor a la prueba pericial (Parra, 2002). Los requisitos generales de científicidad de la prueba pericial son: la idoneidad técnico científica y moral del perito; la claridad y exactitud de sus respuestas; su comportamiento al responder; el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoye el perito; los instrumentos utilizados; y, la consistencia del conjunto de sus respuestas.

No obstante, la infalibilidad de la prueba científica está condicionada por muchos aspectos que debe evaluar el juzgador en cada caso específico para determinar su admisibilidad y su rigor científico, por ejemplo, la metodología empleada (Gascón, 2010); la calidad del procedimiento utilizado para elaborar el informe y su corrección científica (realizado por personal calificado y de acuerdo con los protocolos establecidos en la respectiva ciencia); y el margen de error atribuible al perito. A su vez, los criterios para garantizar la adecuada apreciación de la prueba pericial consagrados en el art. 420 CPP son la idoneidad técnico científica y moral del perito (la calidad del procedimiento y la corrección científica); el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito (metodología empleada), la claridad y exactitud de sus respuestas; y la consistencia del conjunto de respuestas (avala la idoneidad del perito y al mismo tiempo posibilita evidenciar el margen de error). Por ello, se resalta que el sistema adoptado por el legislador colombiano fue el europeo y no el estadounidense, es decir, no se trata de reglas de admisibilidad sino de valoración probatoria (Fernández, 2012).

Así mismo, se ha dicho que se deben verificar unos criterios respecto del sujeto; el medio de prueba; los principios aplicados; las técnicas, métodos e instrumentos y el dictamen, todos ellos importantes para determinar los “motivos de credibilidad de un dictamen o informe pericial” (Morales, 2001, pp. 123-127). En relación con el sujeto, se constatan la idoneidad técnico-científica y moral del perito; con respecto al medio de prueba, se precisa el lugar preciso en el cual se encontró dicho elemento de prueba, la cantidad de materia examinada por el perito y la naturaleza del elemento de prueba. Además, en lo tocante a los principios aplicados, se verifican principios científicos y los principios de un arte, una profesión o un oficio; en lo relacionado con las técnicas, métodos e instrumentos, se revisa si se empleó una técnica de orientación, de probabilidad o de certeza. Y, en fin, respecto al dictamen, se debe constatar que contenga “la clara descripción de la persona o cosa que haya sido objeto del examen pericial”, “la descripción de la técnica o técnicas empleadas para la observación y los análisis”, la relación de “los principios aplicados y de su grado de certeza y aceptación”, “la relación de inferencias que se pueden obtener” y “la conclusión”. Entre otras cosas, se afirma que “la apreciación de las pruebas, en materia penal, no puede dejarse al arbitrio de las reglas de la sana crítica”, puesto que “dicha apreciación debe ser una actividad técnico científica, que comprenda la observación, el análisis, la verificación y la evaluación de los motivos de credibilidad y de no credibilidad” (Morales, 2010, p. 128).

Adviértase que la Defensoría del Pueblo (tomo II, s. f.), trata dichos criterios no como técnicos científicos de apreciación de la prueba, sino como “motivos de credibilidad de una prueba pericial”, con lo cual origina una confusión entre estos y los criterios propiamente dichos para la determinación de tales motivos; sin embargo, con un sector doctrinario (Morales, 2010; Bernal, 2005; y, Pabón, 2006) se ocupa del tema de los criterios de valoración probatoria de la prueba pericial de acuerdo con el art. 420 CPP y sobre el particular se manifiesta que se deben reunir estas exigencias:

- 1) Idoneidad técnico-científica. Se refiere a la profesionalidad (o reconocimiento en el respectivo campo de acción si no tiene título), conocimientos, experiencia o especialización del perito en la ciencia, arte, técnica, oficio o afición en el que se desempeñe.
- 2) Idoneidad moral del perito. Debe ser honesto, objetivo, imparcial, sin ningún tipo de prejuicio o interés; no debe tener antecedentes penales o disciplinarios que se relacionen en forma directa con su actividad científica o pericial al punto de socavar su credibilidad.
- 3) Claridad y exactitud de sus respuestas. Deben ser claras y precisas de manera que el juez, entienda los métodos y procedimientos utilizados, sus fundamentos, así como a la conclusión a la que llegó; deberá explicar en un lenguaje sencillo y claro el lenguaje científico o técnico de su ciencia. A propósito, se dice que el conocimiento científico es claro, preciso y comunicable (Bunge, 2007); por ello, debe evitar la vaguedad, la inexactitud y la superficialidad; la correcta comunicación del perito al juez es, pues, condición necesaria para que este pueda realizar después una adecuada valoración de la prueba pericial (Gascón, 2010).
- 4) Su comportamiento al responder. Se tiene en cuenta la convicción y seriedad de sus respuestas, la no contradicción de sus fundamentos, la claridad conceptual de sus argumentos, la resolución de las dudas que se le planteen y la disposición para responder el interrogatorio de la parte que no lo ofreció.
- 5) El grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito. El perito debe demostrar que los principios, métodos y procedimientos utilizados para el peritaje, de acuerdo con las orientaciones o corrientes científicas, son vigentes, así como el grado de aceptación por la comunidad científica a la que pertenece; por eso, la sola manifestación del perito sin soporte académico verificable, no es suficiente para cumplir con este requisito. Aquí debe anotarse que la prueba novel en este aspecto se regula por el art. 422 y no por el art. 420 CPP, pues no siempre requiere aceptabilidad en la comunidad académica (Chiesa, 1995).
- 6) Los instrumentos utilizados. Se refiere a las herramientas, las tecnologías y los equipos empleados.

- 7) Asimismo, deberá manifestar si la técnica que utilizó es de orientación –conocimiento verosímil–, de probabilidad –conocimiento probable– o de certeza –conocimiento cierto–; el conocimiento científico, no se olvide, es verificable (Bunge, 2007) y las técnicas de verificación evolucionan o se transforman.
- 8) Consistencia en las respuestas. Se relaciona con la seguridad y solidez de sus manifestaciones y dice relación con la coherencia y conexión entre la conclusión y las inferencias realizadas a partir de los principios e instrumentos utilizados.

A este respecto, se debe señalar que ninguna de las cuatro decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consultadas sobre la apreciación de la prueba pericial (Sentencias 28862 de 2008, 31795 de 2009, 32868 de 2010 y 39559 de 2013), desarrolla el contenido del art. 420 CPP; no obstante, respecto de ciertos asuntos relativos a la valoración del peritaje se precisa:

a) La prueba pericial debe valorarse de manera racional y de acuerdo con la sana crítica; no de manera incondicional ni de forma mecánica (Sentencias 39559 de 2013 y 31795 de 2009). El objeto de la valoración del juez es el procedimiento que sustenta las afirmaciones del perito y no su conclusión (Sentencia 39559 de 2013, que reitera la Sentencia 32882 de 2012). Recuérdese, como se apuntó antes, que en el sistema estadounidense de acuerdo con la sentencia Daubert el testimonio experto, antes de entrar al proceso, debe superar primero unas reglas de admisibilidad científica (validez científica) enfocadas solo a los principios y la metodología de la ciencia y no sobre las conclusiones que genera. Ello es así, por cuanto la evaluación del peritaje respecto a sus conclusiones tiene su escenario por antonomasia en la etapa de valoración propiamente dicha. Colombia optó en este punto por el sistema europeo, de tal forma que el control de admisibilidad científica ocurre en la etapa de valoración de la prueba, puesto que en la audiencia preparatoria solo está sometida a simples razones de pertinencia (admisibilidad procesal).

Es decir, la evaluación de la prueba pericial sobre los principios y la metodología de la ciencia, no se realiza de forma previa a su práctica en el juicio oral –en la audiencia preparatoria–, sino con posterioridad junto con sus conclusiones; así, gracias al art. 420 CPP, su valoración debe ser íntegra de acuerdo con las pautas allí establecidas. Sin embargo, se hace necesario que la doctrina Daubert, tal como la entiende el sistema estadounidense (control de admisibilidad científica en la audiencia preparatoria), sea acogida por el ordenamiento jurídico por la vía de la reforma legislativa para que las reglas de admisibilidad científica, que también contiene el art. 420 *ibídem* (pero planteadas de forma exclusiva como reglas de valoración), se realicen de modo previo en la audiencia preparatoria y solo se practique en el juicio oral aquella prueba pericial que cumpla con los criterios de admisibilidad (test Daubert). Se puede decir, entonces, que lo manifestado por la Corte en el sentido de que el objeto de la apreciación del juez es el procedimiento que sustenta las afirmaciones del perito y no su conclusión (Sentencia 39559 de

2013), es una interpretación errada de la sentencia Daubert (implícita) que solo se refiere a condiciones de admisibilidad y no de valoración.

b) Cualquier descubrimiento o hallazgo de la ciencia, además de someterse a la crítica racional, con independencia de su aceptación general y vigencia en el respectivo campo científico, puede ser refutada por la experiencia delimitándose su carácter científico o metafísico (Sentencia 39559 de 2013). Esta razón, con base en Popper (1980), la adujo para darle validez al empirismo como método para valorar las conclusiones científicas de un perito. No obstante, de la sentencia 39559 (2013), se infiere que los testimonios de los peritos (psicólogo y psiquiatra), perdieron poder suasorio, por cuanto sus respuestas y conclusiones, que por ejemplo se relacionaban con el hecho de que la procesada no tendía al engaño o a la mentira, o que desconocía que se encontraba incurso en un delito, se encontraba refutada a través de otros medios de prueba; la Corte, pues, no examinó esta circunstancia lo que habría originado un desarrollo interesante de la aplicación y alcance concreto de los criterios de valoración de la prueba pericial psicológica y psiquiátrica a partir del art. 420 CPP.

Estudios sobre la valoración del peritaje psicológico en delitos sexuales contra menores en Colombia

Al respecto, debe decirse que las referencias disponibles se pueden clasificar en dos grupos: en el primero, se encuentran aquellos textos que, si bien desarrollan el tema del valor de la prueba pericial psicológica en delitos sexuales contra los menores, lo hacen desde el concepto de valor como “alcance de la significación o importancia de una cosa” (Real Academia Española, 2013); la mayoría de estos escritos son realizados por psicólogos jurídicos.

Con el segundo, se relaciona un documento que realiza una aproximación sobre la valoración del peritaje psicológico en delitos sexuales contra menores. Recuérdese que, en este último evento, se entiende por valoración la operación mental que realiza el juez para determinar el mérito que pueda tener la prueba que le dará el respectivo convencimiento (Devis, 1984), la que se encuentra en una grada previa a esa fase última de la etapa de juzgamiento (De Miranda, 2012). Precisamente, la eficacia probatoria o fuerza de convicción del peritaje psicológico estará refrendada por la aplicación del artículo 420 CPP que establece los criterios de valoración probatoria de la prueba pericial.

El valor de la prueba pericial en el proceso penal. Una óptica psicológica jurídica.

Las distorsiones del testimonio infantil de abuso sexual por ser víctimas predispuestas, participantes, falsas y provocativas, por el erotismo infantil, por la manipulación de parientes que inducen al menor de edad a distorsionar su declaración o por inadecuadas técnicas de entrevistas, pueden ser contrarrestadas con evidencia científica como lo es la psicología forense (Tapias, 2008). Por ello, en el plano internacional los procesos penales han sido reformados en protección del interés del

menor de edad para elevar la calidad de las pericias psicológicas, entre las cuales están: la autorización para la recepción de la declaración; la grabación en circuito cerrado de la declaración; la admisión de los testimonios de oídas; la capacidad del menor de edad para rendir testimonio; las salas de audiencias especiales; el control judicial del interrogatorio realizado por las partes en el proceso penal; el apoyo a la víctima por parte de personas que le generen confianza; las audiencias privadas; y la representación judicial de la víctima (Myers, 1996). Es más, dentro de las técnicas para las “estrategias de evaluación psicológica forense en procesos de abuso sexual” se encuentran el protocolo de entrevista de Michigan, el uso de la casa de muñecas, el uso de láminas de cuerpos, el uso de muñecos sexuados y la entrevista cognoscitiva. Salvo el protocolo de Michigan, todas desaconsejadas (Tapias, 2008).

Adviértase, además, que el Protocolo de Michigan diseñado por la Agencia para la Independencia de la Familia “FIA” del Estado de Michigan USA, es un modelo de entrevista forense para menores de edad en investigaciones de abuso sexual; en Michigan, este protocolo se usa de manera conjunta con el “Protocolo Modelo de Abuso al Menor–Metodología Coordinada del Equipo de Investigación”, del Grupo de Trabajo del Gobernador para la Justicia del Menor. Su propósito consiste en mejorar las entrevistas para minimizar posibles traumas a los menores de edad, originar una mayor credibilidad en la información recaudada y garantizar los derechos del procesado. La entrevista contiene nueve etapas: preparar el entorno de la entrevista, la presentación, competencia legal (verdad/mentira), establecer la regla de base, completar el *rapport* con una entrevista de práctica, introducir el tema, narrativa libre, interrogatorio y clarificación, y cierre. Asimismo, el protocolo desarrolla temas especiales como preguntas acerca del tiempo, las ayudas para la entrevista (constituyen “un problema porque son modelos que representan algo”) y los niños con necesidades especiales (preescolares, niños bilingües, deficiencias visuales, deficiencias auditivas, comunicación aumentativa y alternativa y discapacidades evolutivas) (Michigan, 1998).

Además, el psicólogo forense no tiene por objeto el estudio de la honestidad y la moral de una persona ni tampoco puede valorar la veracidad de los hechos, sino que es un perito capaz de evaluar la credibilidad de una declaración. Por lo tanto, son improcedentes las solicitudes judiciales o de parte para que se determine si el menor de edad dice la verdad, o si el imputado es deshonesto o si el niño es mitómano. Las solicitudes deben ir dirigidas al experto para que se pronuncie sobre la credibilidad de un relato en particular. La técnica para evaluar la credibilidad y la validez recomendable es aquella que tiene como indicadores las expresiones verbales. Por eso, la más recomendable es la técnica de Análisis de Contenido Basado en Criterios (ACBC o CBCA).

A este instrumento se ha incorporado un protocolo denominado SVA (*Statement Validity Assesment*) para asistir el análisis de validez del testimonio (Tapias, 2008). El *Statement Validity Assessment* (SVA) (Evaluación de la Validez de la Declaración), es la técnica más empleada para evaluar la veracidad de las declaraciones verbales. El SVA, se desarrolló en Alemania y se sustentó en la experiencia clínica de diver-

Los psicólogos. Alrededor de 1950, Udo Undeutsch realizó la primera descripción del SVA y, con posterioridad, fue modificada hasta su forma actual por Steller y Köhnken (1989) y Raskin y Esplin (1991). En un principio, el SVA se desarrolló para valorar las declaraciones verbales de niños que habían sido víctimas de abuso sexual.

Sin embargo, en años recientes se ha intentado validar y generalizar la aplicación de este instrumento a adultos. A pesar de que es un instrumento muy utilizado en el ámbito forense como prueba psicológica, no se le debe considerar un test o una escala estandarizada, sino un método semi-estandarizado para la evaluación de la credibilidad de las declaraciones. El desarrollo del SVA está fundamentado en lo que Steller (1989) denomina la hipótesis de Undeutsch. De acuerdo a ella, un testimonio basado en una experiencia real difiere en cuanto a su calidad y contenido de un testimonio basado en un acontecimiento imaginado. El SVA, adviértase, está formado por tres componentes que son dependientes entre sí: a) una entrevista estructurada con la víctima, b) el CBCA que evalúa el contenido de la declaración de la persona; y, c) la integración del CBCA con la información derivada de un set de preguntas denominado Lista de Validez, el cual combina la información extraída del análisis del contenido de la declaración con otra información relevante del caso y con la pesquisa obtenida a partir de la exploración de la entrevista o entrevistas previamente realizadas (Godoy-Cervera & Higuera, 2005).

Por otra parte, los protocolos más usados en la obtención de testimonios infantiles, que “actúan como guías, como instructivos, más no como técnicas ni instrumentos de evaluación *per se*”, son la ‘entrevista paso a paso’, la ‘guía de Poole y Lamb-Protocolo de Michigan’, el ‘Protocolo NICHD’, la ‘entrevista de Corner House SATAC-RATAC’ y la ‘entrevista cognitiva’ (Espinosa, 2011, pp. 209-214); su objetivo es señalar al entrevistador cómo debe realizarse la toma de un testimonio, de manera que no le permite determinar la credibilidad de la declaración, ni al psicólogo realizar un diagnóstico psicológico o una evaluación psicológica forense (Espinosa, 2011).

A este respecto, recuérdese que la entrevista de Corner House es una guía para la realización de pesquisas con menores de edad, presuntas víctimas de abuso sexual (Espinosa, 2011). Según la ICITAP (2007), el proceso de entrevista SATAC está compuesto por las siguientes etapas: “[s]impatía (*“rapport”*). El propósito es el establecimiento de la comodidad, la comunicación y la competencia (según el desarrollo cognitivo y las habilidades del niño). Identificación de anatomía. Tiene dos propósitos: para determinar el entendimiento del niño y su habilidad de distinguir entre los sexos, y para llegar a un idioma común referente a los nombres de las partes del cuerpo. La indagación del tacto o de toques. El propósito es el ensayo de la habilidad del niño para entender y comunicar acerca de los toques que recibe y da. Escenario del abuso. Hay dos propósitos: permitir a la niña relatar los detalles de su experiencia, y explorar hipótesis alternativas. Clausura o cierre. Hay tres propósitos: educar a la niña con relación a su seguridad personal, explorar opciones de seguridad con la niña, y proveer un fin respetable a la entrevista.

La entrevista SATAC es un proceso semiestructurado, por lo cual una o más de estas etapas puede ser modificada o eliminada permitiendo las consideraciones relacionadas al desarrollo y/o la espontaneidad de cada niño. La ICITAP es una de las Oficinas de Capacitación de Investigadores Penales y Expertos Forenses, que conforma el Programa de Reforma al Sector de la Justicia PRSJ, que desarrolló en Colombia el Departamento de Justicia DOJ de los Estados Unidos de América (Embajada de los Estados Unidos de América, 2014).

Por ello, al tratar sobre la estructura del dictamen pericial psicológico, se propone que el informe final tenga los siguientes elementos (Saade & Rojas, 2012): el motivo de la peritación; las técnicas utilizadas en la evaluación (entrevista estructurada, estudio del expediente, pruebas psicológicas aplicadas, etc., estas últimas son un instrumento de medición del comportamiento humano que se emplea para realizar evaluaciones científicamente válidas y confiables, llamadas también test psicológicos: Oyuela (2011). A lo anterior se debe añadir: La información del evaluado; la descripción de los hechos; la historia familiar y personal; el examen mental; los antecedentes psíquicos y físicos; los resultados; la discusión; y la conclusión. Es más, se sugiere que se empleen instrumentos de medición válidos y confiables y que se introduzcan citas bibliográficas para acostumar a los jueces y a las partes, inclusive a los mismos peritos, en el sentido de que no es la postura del psicólogo sino la opinión aceptada por la comunidad científica a la que pertenece, la que allí se plantea.

Este texto, si bien no tiene un sentido probatorio desde el punto de vista jurídico procesal, de manera general y coincidente desarrolla las características que debe tener un peritaje psicológico a la luz del art. 420 de la Ley 906 de 2004; por supuesto, materiales como estos, pero contruidos con mayor especialidad y rigurosidad, ayudarían a elaborar estudios jurídicos sobre la forma como deben valorarse probatoriamente por parte del juez la prueba pericial psicológica en cada caso particular. Es claro que con antelación a la implantación del sistema penal acusatorio en Colombia, el valor de la pericia psicológica ha sido mínimo y solo se utilizaba cuando no existía evidencia física sobre delitos sexuales y, en otros eventos, los psicólogos ejercían el papel de simples receptores de denuncias (Tapias *et al*, 2009). Esto en contraposición a lo que sucede en Canadá, donde los peritos psicólogos en los delitos sexuales contra menores de edad, pueden ser citados como expertos para entender el comportamiento humano, establecer hechos pasados o realizar predicciones, refutar otros peritajes, declarar sobre el estado del conocimiento de su ciencia o, simplemente, responder a preguntas hipotéticas.

Por eso, decisiones como la Sentencia 23706 de 2006 que refleja “el avance de la producción científica psicológica” para abordar los casos de delitos sexuales frente al testimonio y al peritaje, deben ser tenidas en cuenta; en ella, durante la vigencia de la Ley 600 de 2000, la Corte se ocupó de un caso de abuso sexual cometido contra una niña. Allí, se sostiene que, a partir del peritaje psicológico, se puede determinar si un niño se encuentra en capacidad de establecer si pudo percibir lo sucedido; sin duda, este pronunciamiento coincide con los avances de psicología

forense sobre la credibilidad del testimonio en el que se han diseñado técnicas como el Análisis de Contenido Basado en Criterios (CBCA) y, bien ha dicho la doctrina, las declaraciones de las víctimas menores de edad de delitos sexuales pueden ser validadas por un perito en psicología forense (Tapias *et al.*, 2009).

Debe aclararse que la Sentencia 23706 de 2006, tuvo tres salvamentos de voto: en el primero, suscrito por el magistrado Espinosa Pérez, se dice que el peritaje psicológico resulta de gran apoyo para valorar el testimonio del menor de edad víctima de abuso sexual, y enlista las pseudomentiras –infantil, negligente, pasional, ficticia o imaginativa y fabuladora– y advierte, además, que las declaraciones de los niños deben analizarse con mayor prudencia debido a las diversas clases de influencia que los lleva a equivocar la realidad con la fantasía. La mayoría de la Sala de la Corte señala, en la fundamentación de la sentencia, que la práctica de un dictamen psiquiátrico sobre la sanidad mental no es condición para la confiabilidad del testimonio del menor de edad; frente a esto el magistrado Espinosa Pérez afirma que, si bien la pericia psicológica no es requisito *sine qua non*, sí es de gran ayuda para la valoración de dicha declaración.

A su turno, al analizar la forma como se valora la prueba pericial psicológica, también la doctrina (Solórzano, 2011) estudia algunos fallos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia proferidos en casos de abuso sexual contra menores de edad; sin embargo, lo que realmente se hace es plasmar comentarios sobre el papel del psicólogo y la importancia de la prueba pericial psicológica en el proceso penal; por ello, estas exposiciones no describen la forma como fue valorado en dichos casos el peritaje psicológico desde el punto de vista jurídico procesal; esto es, si se observaron o no los criterios técnico científicos de acuerdo con el artículo 420 de la Ley 906 de 2004 descritos en capítulo anterior.

Así mismo, se citan (Solórzano, 2011) tres decisiones judiciales de las cuales se transcriben unos apartes para concluir que la prueba pericial psicológica no ha adquirido la importancia que requiere en los procesos penales: la Sentencia T-048 de 2005 (Corte Constitucional); una sentencia del Tribunal de Bogotá –sin referencia–; y la Casación 32595 de 2009 (Sala Penal de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia). Es de anotar que, en ninguno de los tres casos, se decretó o practicó dictamen psicológico alguno; luego, ni el tribunal ni las altas Cortes valoraron dicha prueba, porque simplemente no existieron en tales instancias judiciales.

No obstante, se estima que ha habido avances en punto de la importancia de la prueba psicológica, pues la Corte Suprema de Justicia así lo reconoció (Sentencias 10615 de 1999 y 23706 de 2006). No obstante, la primera sentencia se expide bajo la vigencia del Decreto 2700 de 1991 y, la segunda, en el marco de la Ley 600 de 2000 (códigos procesales penales anteriores a la Ley 906 de 2004). Para culminar, se acude a un estudio realizado por un estudiante de la Maestría de Psicología Jurídica de la Universidad Santo Tomás, dirigido por el estudioso mencionado (Solórzano, 2011), destinado al examen de los primeros cincuenta fallos proferidos en el país sobre delitos sexuales en el cual se concluye, de nuevo, que la prueba pericial

psicológica para fundamentar las decisiones judiciales no ha recibido la importancia que se merece. También, a propósito de lo anterior, debe relacionarse un trabajo de grado del año 2009 realizado en la Maestría en Psicología Jurídica de la Universidad Santo Tomás (Gamba, Mejía & Murillo, 2009), que tenía como objetivo general identificar la apreciación de la prueba psicológica por parte de los magistrados en las sentencias analizadas; empero, debido al enfoque de la misma y a la profesión de los investigadores, no identifica la apreciación probatoria de la prueba pericial psicológica a la luz del Código de Procedimiento Penal. No es, pues, un estudio procesal penal de valoración probatoria.

De igual forma, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) y la Defensoría del Pueblo de Colombia editaron un texto (Espinosa, 2012), dividido en tres unidades temáticas: la primera, sobre “El abuso sexual: víctimas y agresores”; la segunda, se intitula “Acerca de los diferentes abordajes al interior de la psicología forense” y; la tercera, que se llama: “Referentes de interés en delitos sexuales”. En esta última unidad, se desarrolla un subcapítulo denominado “Revisión jurisprudencial sobre delitos sexuales”, en el que se diseña una matriz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en materia de delitos sexuales relacionada con “la tipicidad, los bienes jurídicos protegidos, la violencia, el consentimiento de la víctima, la responsabilidad de los autores y la valoración de las pruebas” (p. 108).

Ahora bien, en relación con la problemática de la valoración de las pruebas por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la mayoría de los casos realizando la transcripción de unos apartes, Espinosa (2012) examina los fallos de casación 32595 de 2009, 32103 de 2009 y 28742 de 2008 sobre cámara Gesell; también, las providencias 31950 de 2009 y 32868 de 2010 sobre entrevistas a menores de edad. Además, las sentencias de casación 32595 de 2009, 31950 de 2009, 32868 de 2010 y 32103 de 2009 sobre la idoneidad del perito; las providencias de casación 23706 de 2006, 24468 de 2006, 27946 de 2007, 28274 de 2007, 28511 de 2007, 28742 de 2008, 32103 de 2009, 32268 de 2012 y 31950 de 2009 sobre la credibilidad del testimonio del menor de edad y la Sentencia 32868 de 2010 sobre protocolos. Este estudio, adviértase, no aborda la apreciación técnico-científica de la prueba pericial psicológica en sentido jurídico procesal penal. En términos generales, no es un trabajo de la aplicación o interpretación del art. 420 de la Ley 906 de 2004 referido a la jurisprudencia penal colombiana, pero, de todas maneras, brinda información y conceptos valiosos desde el punto de vista de la psicología jurídica que ilustra ese complemento interdisciplinario que requiere la apreciación técnico-científica de la prueba pericial psicológica.

En esencia, pues, los trabajos mencionados solo analizan el valor, entendido este como la importancia del papel del psicólogo jurídico o forense y de la prueba psicológica en los procesos del sistema penal acusatorio, pero no tratan ni desarrollan o pretenden realizar un estudio, general o específico, de los criterios de valoración probatoria establecidos en el art. 420 CPP para la prueba pericial ni, mucho menos, el peritaje psicológico en los casos de delitos sexuales contra niños,

niñas y adolescentes. No obstante, tampoco es el propósito de este trabajo disertar sobre los aspectos teóricos y metodológicos de la evaluación psicológica del abuso sexual contra menores de edad.

La apreciación técnico científica de la prueba pericial psicológica en delitos sexuales contra menores. Una valoración a la luz del art. 420 CPP.

Al respecto, algún estudioso se ocupa de la pericia psicológica argumentando que, en el ámbito jurídico probatorio, se pueden abordar diversos aspectos por las ciencias que estudian el comportamiento humano, relacionadas tanto con la conducta y la personalidad del procesado como con la de las víctimas y los testigos. Incluso, se definen los test psicológicos como “instrumentos que permiten la determinación y evaluación de diferentes aspectos mentales y comportamentales de la persona a quien se aplican” (Pabón, 2006, p. 451), los cuales pueden estar precedidos –en el campo pericial– de entrevistas con la persona evaluada. Los tests son los siguientes: el de escala Wechsler-Bellevue; el de Rorschach; el de Bender; el de Apreciación Temática–TAT, y el de Gráficos. Asimismo, se describen los cuestionarios dentro de los que se encuentran el inventario de ansiedad Estado-Rasgo–STA; el inventario de depresión de Beck-BDI; la escala de gravedad de los síntomas del trastorno postraumático; y la escala de autoestima de Rosemberg e Inventario “Millón de Estilos de Personalidad–MYPS”.

Además, se recomiendan las siguientes reglas a tener en cuenta para la presentación y recepción de informes, indicando que el perito debe: a) respetar el lenguaje del examinado al declarar sobre los exámenes y pruebas practicadas; b) relacionar las citas que le sirvieron de fundamento para la elaboración del dictamen y la técnica empleada en la base de la opinión pericial; c) presentar su dictamen de manera clara y sencilla; d) abarcar todos los exámenes, los tests aplicados y demás estudios que se hayan practicado; e) contener los diagnósticos diferenciales y el estado mental del examinado, así como los efectos respectivos a sus conclusiones. Finalmente, se añade que el interrogatorio puede realizarse sobre la entrevista psicológica del examinado.

También, se recomienda (Pabón, 2006) que los test se combinen con otros métodos y procedimientos para garantizar una mayor objetividad y unas conclusiones imparciales y completas sobre el asunto; su aplicación, se dice, depende de lo que se busque demostrar (prueba de carácter o la investigación de una cuestión psicológica como la determinación de credibilidad de un testigo) y su descripción se debe realizar de manera circunstanciada para que se pueda realizar un examen crítico de sus resultados. Por último, se trata sobre la pericia psicológica, sobre síndromes de victimización como los de la mujer maltratada, del niño abusado, del niño maltratado y del trauma de la persona violada. No obstante, si bien esas elaboraciones realizan una aproximación a la prueba pericial psicológica en el campo jurídico penal procesal, también es cierto que debido a la generalidad de los conceptos no se vislumbra su conexión directa con el tratamiento específico de los criterios de apreciación técnico científicos consagrados en el art. 420 CPP.

En fin, retomando las cuatro decisiones de la Corte Suprema de Justicia ya referenciadas, debe decirse que solo tres de ellas se refieren a delitos sexuales cometidos contra menores de edad (Sentencias 31792 de 2009, 32868 de 2010 y 39559 de 2013). En la Sentencia 39559 de 2013, si bien se hace referencia a un peritaje psicológico y a otro psiquiátrico, esos fueron realizados a la acusada y fueron desestimados sin que se hubiese hecho la valoración aplicando de forma estricta los criterios consagrados en el art. 420 CPP. Por otro lado, la Ley 1652 de 2013 regula la entrevista forense de menores de edad víctimas de delitos sexuales, pero, en principio, esta entrevista forense no es un peritaje ni tampoco los profesionales o entrevistadores especializados que la realizan, según el caso, acudirían al juicio oral como peritos. Estos lo harían como testigos de acreditación. Tal como lo establece la Ley 1652, dicha entrevista solo es un elemento material probatorio que puede ser introducido al juicio oral a través de los servidores que la recaudaron y que es admisible como prueba de referencia y apreciada por el juzgador en ese sentido. De modo que los criterios de valoración no se encuentran regulados por el art. 420 CPP, sino por el art. 441 que remite a la testimonial (art. 404) y a la documental (art. 432).

La Corte Constitucional (Sentencia C-177 de 2014), a su vez, declaró exequible el articulado de la Ley 1652 de 2013, con el argumento de que las entrevistas forenses deben ser realizadas por especialistas del comportamiento humano, psicólogos, profesionales en desarrollo familiar, trabajadores sociales y profesionales afines, entre otros, con el propósito de “fortalecer la fiabilidad de las manifestaciones del menor”. En este caso, si el entrevistador, al momento de realizar la entrevista, por ejemplo, utiliza “estrategias de evaluación psicológica forense en procesos de abuso sexual” (Tapias, 2008), deberá analizarse cada caso concreto para determinar si actuó en calidad de simple testigo de acreditación, de testigo técnico o de perito, pues, en este último evento, el peritaje como tal se deberá valorar en el marco del art. 420 CPP.

Conclusiones

Así las cosas, llegados a esta altura de la exposición, debe decirse lo siguiente:

El caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, es la referencia internacional más importante en materia de prueba científica, porque constituye “un mínimo tratado de epistemología” (Taruffo, 2012); esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha fijado, de forma general, unos criterios de admisibilidad científica para que un experto o científico rinda testimonio en el juicio oral. Estas pautas son las siguientes: a. La prueba debe ser relevante; b. La prueba debe ser fiable; c. La teoría o técnica científica en la que se basa la prueba debe ser verificada o probada para determinar si puede ser falsificada; d. La teoría o técnica en la que se basa la prueba es la verificación de revisión por sus pares o de publicación; e. Debe considerarse el conocido o potencial margen de error de la técnica científica utilizada; y f., la aceptación general de la comunidad científica de los principios y la metodología en que se apoya la prueba pericial, sin que esta

sea una condición *sine qua non* de admisión. Esta evaluación de admisibilidad del testimonio experto es pertinente solo para los principios y la metodología de la ciencia, no para las conclusiones que genera. De esta manera, el caso Daubert establece reglas de admisibilidad científica previas al juicio oral y no de valoración de la prueba pericial.

Desde otra perspectiva, la Ley 906 de 2004 optó por el modelo europeo o de *civil law* para el respectivo control a la prueba pericial. El europeo, es el control que se desarrolla en la etapa de valoración de la prueba dado que previamente solo está sometida a simples razones de pertinencia (admisibilidad procesal). El estadounidense, es el control de admisibilidad (validez científica) anterior al juicio oral en la aplicación de los requisitos del caso Daubert. Al mencionarse el control de admisibilidad de la prueba científica antes de su práctica o previo al juicio en el sistema penal acusatorio colombiano, se hace referencia de forma exclusiva al control que se realiza en la etapa intermedia de preparación del juicio, esto es, a la audiencia preparatoria (en principio la puerta de entrada de los medios de prueba al proceso para hacerlos valer en el juicio oral), que difiere del control de admisibilidad de la prueba pericial en el juicio oral o durante su práctica. En todo caso, el control previo que se realiza en Colombia en la audiencia preparatoria es solo procesal y no científico

De igual manera, los criterios de valoración probatoria o técnico-científicos no configuran tarifa legal alguna, pues el juez es quien en últimas le otorga a la prueba pericial el poder suasorio o la fuerza probatoria que le corresponda, precisamente a través de la verificación de las pautas de científicidad descritas. La tendencia en los actuales procesos judiciales es hacer menos referencia a las máximas de la experiencia, el sentido común y la cultura media, y, con más frecuencia, a la ciencia como tipo de conocimiento para resolver problemas que desbordan la cultura del hombre común (Taruffo, 2014).

También, a la luz del art. 420 de la Ley 906 de 2004 no existe literatura específica en sobre la prueba pericial psicológica en delitos sexuales contra menores de edad en sentido jurídico probatorio; por ello, se hace necesario adelantar estudios para que desde el punto de vista doctrinario se establezcan guías que sirvan de apoyo a los profesionales del derecho en el ejercicio de la valoración técnico-científica.

Además, aquí se propone que la doctrina Daubert, tal como es entendida por el sistema estadounidense (control de admisibilidad científica en la audiencia preparatoria), sea acogida por el ordenamiento jurídico por la vía de la reforma legislativa para que las reglas de admisibilidad científica –que también contiene el art. 420 CPP, pero como reglas de valoración en forma exclusiva– se consideren en la audiencia preparatoria y solo se practique en el juicio oral aquella prueba pericial que cumpla con los criterios de validez científica (test Daubert). Esto es, que la evaluación de admisibilidad científica en la audiencia preparatoria se realice solo sobre los principios y la metodología de la ciencia y no en torno a las conclusiones que genera, dado que la evaluación sobre estas debe realizarse en la etapa de valoración probatoria por parte del juez.

Referencias

- Allen, R. J. (2012). El desafío conceptual de la prueba pericial. En M. Bustamante, *Derecho probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses* (trad. O. Vargas) (pp. 215-239). Medellín: Universidad de Medellín.
- Andrés, P. (2009). Sobre prueba y motivación. En M. Monje, *Consideraciones sobre la prueba judicial* (pp. 47-96). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid.
- Auto 26618 (2007, enero 24). Casación. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 28888 (2008, febrero 13). Casación. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 29053 (2008, noviembre 5). Casación. M. P. José Leonidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 30935 (2009, septiembre 16). Casación. M. P. José Leonidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 33420 (2010, mayo 12). Casación. M. P. Yesid Ramírez Bastidas. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 36784 (2012, septiembre 17). Casación. M. P. AA.VV. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Bedoya, L. (2008). La prueba en el proceso penal colombiano. *Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses*. Recuperado de <http://www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/01/LaPruebaenelProcesoPenalColombiano.pdf>
- Berger, M. (2011). *The Admissibility of Expert Testimony*. Federal Judicial Center. National Research Council. Recuperado de [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/SciMan3D01.pdf/\\$file/SciMan3D01.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/SciMan3D01.pdf/$file/SciMan3D01.pdf)
- Bernal, B. (2005). *Técnicas de Investigación Criminal en el Sistema Acusatorio*. Bogotá: Andrés Morales.
- Breyer, S. (2011). *Introduction*. Federal Judicial Center. National Research Council.. Recuperado de [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/SciMan3D01.pdf/\\$file/SciMan3D01.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/SciMan3D01.pdf/$file/SciMan3D01.pdf)
- Bunge, M. (2007). *La ciencia, su método y su filosofía*. Bogotá: Ediciones Akerena.
- Chiesa, E. (1995). *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos* (Vol. III). Bogotá: Forum.

- Comisión Intersectorial para el Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio. *Actas de la Comisión Redactora del SPA*. (2014). Comisión Intersectorial para el Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio. Recuperado de http://cispa.gov.co/index.php?option=com_docman&Itemid=46
- Corporación Excelencia en la Justicia. (2010). *Carga de los defensores públicos en el sistema penal acusatorio*. Recuperado de <http://www.cej.org.co/index.php/justiciometros3/2314-carga-de-los-defensores-publicos-en-el-sistema-penal-acusatorio>
- Cuello, G. (2008). *Derecho probatorio y pruebas penales*. Bogotá: Legis.
- Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc. -509 U.S. 579 (1993). Corte Suprema de Justicia (1993, 28 de junio), Estados Unidos. Recuperado de <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/case.html>
- De Miranda, C. (2012). ¿Es realmente el juez el peritus peritorum? En M. Bustamante. *Derecho probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses* (pp. 293-309). Medellín: Universidad de Medellín.
- Decreto 1345 de 1970. Por el cual se codifican las normas sobre Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 33.139, septiembre de 1970. Recuperado de ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/decreto/1970/decreto_1345_1970.html#
- Decreto 409 de 1971. Por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas. Diario Oficial No. 33.303, mayo de 1971. Recuperado de ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/decreto/1971/decreto_0409_1971.html
- Decreto 50 de 1987. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario oficial No. 37.754, enero de 1987. Recuperado de ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/decreto/1987/decreto_0050_1987.html
- Decreto 2700 de 1991. Por medio del cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento penal. Diario Oficial No. 40.190, noviembre de 1991.
- Defensoría del Pueblo. (s. f.). *Plan Nacional de Capacitación-Sistema Nacional de Defensoría Pública* (T. I). Bogotá: Imprenta Nacional.
- Defensoría del Pueblo. (s.f.). *Plan Nacional de Capacitación-Sistema Nacional de Defensoría Pública* (T. II). Bogotá: Imprenta Nacional.
- Denti, V. (1972). Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (trad. S. Oñate) (pp. 3-22). México: Universidad Autónoma de México.
- Devis, H. (1971). Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales, y la libertad de apreciación del juzgador. *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, 12(2), 141-172.

- Devis, H. (1984). *Compendio de la prueba judicial. Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso* (Vol. I). Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.
- Espinosa, A. (2011). La psicología del testimonio. En G. Hernández, *Psicología Jurídica Iberoamericana* (pp. 197-230). Bogotá: Manual Moderno.
- Espinosa, A. (2012). *Aportes de la psicología forense al abordaje de los delitos sexuales*. Defensoría del Pueblo, Bogotá: Stilo Impresores Ltda.
- Estados Unidos de América. (2014). *Programa de Reforma al Sector de la Justicia*. Bogotá: Embajada de los Estados Unidos de América. Recuperado de <http://spanish.bogota.usembassy.gov/doj.html>
- Falcón, E. (2012). La prueba científica. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Procesal* (38), 219-257.
- Federal Evidence Review. Highlighting Recent Federal Evidence Cases and Developments. (2014). *Federal Rules Of Evidence (2014)*. Recuperado de www.federalevidence.com: <http://federalevidence.com/rules-of-evidence#Rule402>
- Federal Judicial Center. National Research Council. (2011). *Reference Manual on Scientific Evidence. Third Edition*. Recuperado de [www.fjc.gov](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/SciMan3D01.pdf/$file/SciMan3D01.pdf): [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/SciMan3D01.pdf/\\$file/SciMan3D01.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/SciMan3D01.pdf/$file/SciMan3D01.pdf)
- Fernández, M. (2012). Valoración judicial y reglas probatorias. En M. Bustamante. *Derecho probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses* (pp. 55-75). Medellín: Universidad de Medellín.
- Ferrer, J. (2006). *Estudios sobre la prueba*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferreya de la Rúa, A. & Bella, G. (2008). Prueba científica. Examen de ADN y otros análogos. Inspección corporal. En R. Arazí. *Temas de prueba. Prueba ilícita y prueba científica* (pp. 33-71). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Fiscalía General de la Nación. (2009). *Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio*. Recuperado de <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/03/spoa.pdf>
- Gamba, V., Mejía, A. W. & Alfonso, C. (2009, septiembre). *Análisis de sentencias de tribunales superiores y Corte Suprema de Justicia con respecto a la prueba psicológica referente a delito sexual en menor de edad a partir de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio*, (Tesis de Maestría). Bogotá: Facultad de Psicología Maestría en Psicología Jurídica, Universidad Santo Tomás.
- Gascón, M. (2010). Prueba científica: Mitos y paradigmas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (44) 81-103.

- Godoy-Cervera, V. & Higuera, L. (2005). *El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio*. Recuperado de <http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=1249>
- Gozáini, O. (2012). La prueba científica no es prueba pericial. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* (38), 201-215.
- González, J. (agosto 11 de 2014). [Comunicación personal]. Copia en posesión de Juan José Cantillo Pushaina.
- Granados, J. (2005). La prueba pericial y la prueba novel en el marco del nuevo proceso penal en Colombia. *Derecho penal contemporáneo* (11), 75-98.
- Hernández, L. (2010). *Asimetría en el acceso a la justicia: Un paralelo entre la defensa privada y pública a partir del nuevo sistema penal acusatorio*. Bogotá: Universidad Javeriana. Recuperado de http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/2asimetria.pdf
- ICITAP, Colombia. (2007). Curso de entrevistas forenses a niños y su preparación para el juicio. *Protocolo SATAC (RATAC, Finding Words)*.
- Jiménez, F.; SÁCHICA, C. & MOYA, M. F. (2009). Sistema Procesal y Metodología de investigación criminal. *Defensoría del Pueblo, Colección Sistema Penal Acusatorio* (T. II). Bogotá: Alianza Service Ltda.
- Jiménez, F. (2012). Gestión Jurídica y Forense de la Prueba en el Juicio Oral. *Defensoría del Pueblo, Plan Nacional de Capacitación Escuela Nacional de Defensoría Pública "Roberto Camacho Weverberg"* (T. III). Bogotá: Stilo Impresores Ltda.
- Ley 600 de 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial, No. 44097. Congreso de la República de Colombia, julio del 2000. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0600_2000.html
- Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45657 y 45658, Congreso de la República de Colombia, agosto de 2004. Recuperado de http://200.75.47.49/senado/basedoc/ley/2004/ley_09060_204a.html
- Ley 1652 de 2013. Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Diario Oficial No. 48849. Congreso de la República de Colombia, julio del 2000. Recuperado de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/2013/LEY%201652%20DEL%2012%20DE%20JULIO%20DE%202013.pdf>
- Lluch, X. (2012). La valoración de la prueba científica. En M. Bustamante. *Derecho probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses* (pp. 241-273). Medellín: Universidad de Medellín.

- Martínez, J. (2013). *La prueba penal en el acto médico en el sistema acusatorio*. Bogotá: Ibáñez.
- Michigan, E. D. (1998). *Protocolo de entrevista forense* (trad. E. Cabañas) Recuperado de [http://bscw.rediris.es/bscw/: http://bscw.rediris.es/pub/bscw.cgi/d368331/Protocolo%20Entrevista%20Forense.pdf](http://bscw.rediris.es/bscw/:http://bscw.rediris.es/pub/bscw.cgi/d368331/Protocolo%20Entrevista%20Forense.pdf)
- Morales, G. (2001). *Prueba penal y apreciación técnico científica*. Bogotá: Ibáñez.
- Morales, G. (2010). *¿Sana crítica o apreciación técnico científica? Análisis de la disyuntiva en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Ibáñez.
- Myers, J. E. B. (1996). A decade of international reform to accommodate child witnesses: Steps toward a child witness code. En B. L. Bottoms & G.S. Goodman (Eds.), *International perspectives on child abuse and children's testimony: Psychological research and law* (pp. 221-265). Thousand Oaks C. A.: Sage.
- Muñoz, O. (2006). *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Legis Editores.
- National Academy of Sciences. (2011). *Reference Manual on Scientific Evidence* (3 ed.). Washington, D.C.: The National Academy Press. Recuperado de [www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/SciMan3D01.pdf/\\$file/SciMan3D01.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/SciMan3D01.pdf/$file/SciMan3D01.pdf)
- Oyuela, R. (2011). Algunos lineamientos conceptuales de las técnicas de recolección de información en el contexto de la psicología jurídica. En G. Hernández, *Psicología jurídica Iberoamericana* (pp. 297-308). Bogotá: El Manual Moderno (Colombia) Ltda.
- Pabón, P. (2006). *La prueba pericial. Sistema acusatorio*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Parra, J. (2002). La ciencia, la técnica y el proceso penal con miras al nuevo milenio. *Revista Nueva Epoca* (17), pp. 61-77.
- Parra, J. (2011). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: ABC.
- Popper, K. (1980). *La lógica de la investigación científica*, trad. V. Sánchez de Zabala. Madrid: Editorial Tecnos.
- Ramírez, F. (2006). Postulados del sistema penal de Estados Unidos y prueba pericial comparada. *Derecho penal contemporáneo*, (16), 75-96.
- Real Academia Española. (2013). *Diccionario de la lengua española* (22 ed.). Recuperado de [www.rae.es: http://lema.rae.es/drae/?va=valor](http://lema.rae.es/drae/?va=valor)
- Reyes, C. & Said, J. (2009). Intervención Oral en el Sistema Penal Acusatorio II y Gerencia de Procesos Judiciales. En Defensoría del Pueblo. *Colección Sistema Penal Acusatorio* (T. IV). Bogotá: Alianza Service Ltda.

- Rivera, J. (agosto 11 de 2014). [Comunicación personal]. Copia en poder de Juan José Cantillo Pushaina.
- Saade, Y. & Rojas, A. (2012). *Peritaje psicológico: Aspectos relevantes para la evaluación*. Recuperado de www.psicologiajuridica.org: <http://www.psicologiajuridica.org/archives/3286>
- Sentencia C-396 (2007, mayo 23). M. P. Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional.
- Sentencia 24468 (2006, marzo 30). Casación. M. P. Edgar Lombana Trujillo. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 25920 (2007, febrero 21). Casación. M. P. Javier Zapata Ortiz. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 26276 (2007, agosto 29). Casación. M. P. Mauro Solarte Portilla. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 28862 (2008, febrero 20). Casación. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 29609 (2008, septiembre 17). Casación. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 28935 (2009, julio 1). Casación. M. P. José Leonidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 31795 (2009, septiembre 16). Casación. M. P. Yesid Ramírez bastidas y M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 32868 (2010, marzo 10). Casación. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 32882 (2012, junio 27). Casación. M. P. Javier Zapata Ortiz. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 39559 (2013, marzo 6). Casación. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Solórzano, C. (2011). La valoración de la prueba pericial psicológica en la jurisprudencia penal colombiana. En G. Hernández. *Psicología Jurídica Iberoamericana* (pp. 283-296). Bogotá: El Manual Moderno (Colombia) Ltda.
- Soria, M. (2005). Manual de psicología jurídica e investigación criminal. En M. Soria. *Testimonio en la práctica jurídica* (pp. 97-112). Madrid: Pirámide.
- Tapias, A. (2008). La psicología forense ante el abuso sexual. En A. Tapias y C. Gutiérrez de Piñeres (Eds.). *Psicología jurídica perspectiva latinoamericana* (1 ed.) [versión digital]. Bogotá: PSIFORENSE.

- Tapias, A. C., Salas-Menotti, I., Rodríguez, G. & Solórzano, C. (2009). *El valor de la prueba psicológica frente al delito sexual*. Recuperado de www.psicologiajuridica.org: <http://www.psicologiajuridica.org/archives/3601>
- Tapias, A. & Hernández, G. (2011). Psicología jurídica: una aproximación conceptual. G. Hernández, *Psicología Jurídica Iberoamericana* (pp. 1-22). Bogotá: Manual Moderno.
- Taruffo, M. (2003). Investigación judicial y producción de prueba por las partes. *Revista de Derecho Valdivia*, 15(0), 205-213. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200010&script=sci_arttext
- Taruffo, M. (2005). Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (trads. M. Carbonell, y P. Salazar) (pp. 1285-1312). México: Universidad Autónoma de México.
- Taruffo, M. (2006). La prueba científica en el proceso civil. En R. Márquez (Ed.), *Estudios sobre la prueba* (trads. M. Fernández y D. González) (pp. 135-186). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Taruffo, M. (2009). Consideraciones sobre prueba y motivación. En M. de la Iglesia Monje. *Consideraciones sobre la prueba judicial* (trad. P. Ibáñez) (pp. 17-46). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid.
- Taruffo, M. (2012). El juez imparcial es el juez que persigue la verdad. *Revista Iuris* (177), 8-11.
- Taruffo, M. (Marzo de 2014) *Pruebas Científicas y Reglas de Valoración* [Video]. En Insituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Conversatorio llevado a cabo en el XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Panamá, Panamá. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=EMQPuqHdv3U>
- Vázquez, C. (2013). A modo de presentación. En C. Vázquez (Ed.). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Verbic, F. (2008). *La prueba científica en el proceso judicial. Identificación de la noción en el marco de la teoría general de la prueba. Problemas de admisibilidad y atendibilidad*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Zarazo, L. (2010). *La sana crítica como sistema de valoración probatoria en materia penal*. Bogotá: Ibáñez.

III

Jurisprudencia

LA REINCIDENCIA COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA PENA: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-181 DE TRECE DE ABRIL DE 2016

*Francisco Bernate Ochoa**

En la Sentencia C-181 de 2016, la Corte Constitucional se pronunció sobre la reincidencia como circunstancia agravante de la pena, a propósito del examen de constitucionalidad de una disposición contenida en la Ley 1453 de 2011, ley de seguridad ciudadana, que dispuso duplicar la pena de multa para el sentenciado que hubiera sido condenado por un delito doloso o preterintencional dentro de los diez años anteriores (art. 46).

La Corte examina si esa disposición desconoce el derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho y, en caso afirmativo, si ello contraría la Constitución. Esta controversia, sobre la cual existe abundante jurisprudencia en nuestro medio, es abordada por la Corporación en una extensa argumentación que la lleva a trasegar –de manera innecesaria– sobre, prácticamente, todos los aspectos de la teoría del delito tales como la función de la pena o el contenido dogmático de las diferentes categorías, a propósito de lo cual incurre en profundos yerros teóricos. Aunque la decisión adoptada es correcta en cuanto al punto concreto debatido, no lo es respecto de la problemática de la reincidencia en el marco de un derecho penal de acto, como lo es el colombiano.

El Tribunal Constitucional desacierta en la forma y en el fondo de la sentencia comentada: en la forma, por cuanto dispone que el sentido de la decisión depende de una discusión –la reincidencia dentro de la teoría del delito– que, al final, no resulta determinante para la solución del problema jurídico, a la cual arriba por otra vía argumentativa. En cuanto al fondo, porque, si bien la Corte reconoce que el principio del acto es uno de los postulados fijados por el legislador en materia penal, adopta una decisión contraria a este axioma. En este sentido, el presente escrito se ocupa de los errores del fallo y, al hilo de ello, de la forma en que debe tratarse la reincidencia en el derecho penal colombiano.

Apartes de la sentencia

[...] I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40-6, 241 y 242-1 de la Constitución Política, el ciudadano Andrés Fernando Ruiz Hernández presentó ante esta Corporación

* Director del Grupo de Investigación en Derecho Penal “Carlos Lozano y Lozano” de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y profesor titular de la misma Universidad.

demanda en contra del artículo 46 (parcial) de la Ley 1453 de 2011, “*Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.*”, que en concreto modificó el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, por vulnerar los artículos 13 y 29 del texto Superior, los artículos 14.1 y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[...] II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, “*Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.*”, y se resalta el aparte objeto de la demanda de inconstitucionalidad:

“LEY 1453 DE 2011

(junio 24)

Diario Oficial No. 48.110 de 24 de junio de 2011

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 46. *El artículo 39 de la Ley 599 quedará así:*

Artículo 39. La multa. La pena de multa se sujetará a las siguientes reglas:

1. *Clases de multa. La multa puede aparecer como acompañante de la pena de prisión, y en tal caso, cada tipo penal consagrará su monto, que nunca será superior a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente puede aparecer en la modalidad progresiva de unidad multa, caso en el cual el respectivo tipo penal sólo hará mención a ella.*

2. *Unidad multa. La unidad multa será de:*

1. *Primer grado. Una unidad multa equivale a un (1) salario mínimo legal mensual. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.*

En el primer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. *Segundo grado. Una unidad multa equivale a diez (10) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.*

En el segundo grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta cincuenta (50).

3. *Tercer grado. Una unidad multa equivale a cien (100) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.*

En el tercer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La unidad multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores.

3. *Determinación. La cuantía de la multa será fijada en forma motivada por el Juez teniendo en cuenta el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.*

4. *Acumulación. En caso de concurso de conductas punibles o acumulación de penas, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, pero el total no podrá exceder del máximo fijado en este artículo para cada clase de multa.*

5. *Pago. La unidad multa deberá pagarse de manera íntegra e inmediata una vez que la respectiva sentencia haya quedado en firme, a menos que se acuda a alguno de los mecanismos sustitutivos que a continuación se contemplan.*

6. *Amortización a plazos. Al imponer la multa, o posteriormente, podrá el Juez, previa demostración por parte del penado de su incapacidad material para sufragar la pena en un único e inmediato acto, señalar plazos para el pago, o autorizarlo por cuotas dentro de un término no superior a dos (2) años.*

La multa podrá fraccionarse en cuotas cuyo número no podrá exceder de veinticuatro (24), con períodos de pago no inferiores a un mes.

7. *Amortización mediante trabajo. Acreditada la imposibilidad de pago podrá también el Juez autorizar, previa conformidad del penado, la amortización total o parcial de la multa mediante trabajos no remunerados en asunto de inequívoca naturaleza e interés estatal o social.*

Una unidad multa equivale a quince (15) días de trabajo.

Los trabajos le obligan a prestar su contribución no remunerada en determinadas actividades de utilidad pública o social.

Estos trabajos no podrán imponerse sin el consentimiento del penado y su ejecución se ceñirá a las siguientes condiciones:

1. *Su duración diaria no podrá exceder de ocho (8) horas.*

2. *Se preservará en su ejecución la dignidad del penado.*

3. *Se podrán prestar a la Administración, a entidades públicas, o asociaciones de interés social. Para facilitar su prestación la Administración podrá establecer convenios con entidades que desarrollen objetivos de claro interés social o comunitario. Se preferirá el trabajo a realizar en establecimientos penitenciarios.*

4. *Su ejecución se desarrollará bajo el control del juez o tribunal sentenciador, o del juez de ejecución de penas en su caso, despachos que para el efecto podrán requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la administración o a la entidad o asociación en que se presten los servicios.*

5. *Gozará de la protección dispensada a los sentenciados por la legislación penitenciaria en materia de seguridad social.*

6. Su prestación no se podrá supeditar al logro de intereses económicos.

Las disposiciones de la Ley Penitenciaria se aplicarán supletoriamente en lo no previsto en este Código. En los eventos donde se admite la amortización de la multa por los sistemas de plazos o trabajo, el condenado suscribirá acta de compromiso donde se detallen las condiciones impuestas por el Juez”.

III. LA DEMANDA

El demandante acusó de inconstitucional el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011 (parcial), por la supuesta vulneración del principio *non bis in ídem*, contenido en el artículo 29 de la Carta, y en los artículos 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El actor sustentó el único cargo formulado con fundamento en que:

“(…) el aparte normativo demandado está habilitando una doble valoración judicial del delito cometido de forma antecedente al delito sancionado con pena de multa. En efecto, el primer escenario de valoración será, necesariamente, cuando producto del proceso de judicialización se desvirtúa su presunción de inocencia y es condenado al ser hallado penalmente responsable pero, el segundo escenario de valoración, es cuando la norma demandada menciona que al delincuente reincidente se le debe duplicar la unidad multa en atención a la preexistencia de la sentencia condenatoria por el delito doloso o preterintencional cometido dentro de los 10 años anteriores al delito sancionado con la pena de multa ya que en este segundo escenario no está haciendo cosa distinta que dando orden al Juez para que tenga en cuenta el delito cometido con anterioridad a efectos de que sea nuevamente valorado, de forma negativa, en el escenario del segundo delito y producto de ello se dé duplicación a la unidad multa con la cual se tasaré la pena del segundo delito cometido.”

En ese orden de ideas, el actor concluyó:

“(…) es claro que de la redacción de la norma atacada que (sic) a la persona del procesado la están penando de nuevo por el primer delito ya que en un primer momento recibe una pena por medio de una sentencia condenatoria en firme y luego, cuando esta persona comete un nuevo delito, doloso o preterintencional, dentro del rango temporal que establece la norma atacada ese primer delito se manifiesta en la duplicación de la unidad multa con la cual se determinará la pena del segundo delito cometido por el mismo procesado.”

Por las anteriores razones, solicita que la Corte Constitucional declare la inexecutable del artículo 46 (parcial) de la Ley 1453 de 2011.

[...]VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

[...] Problema jurídico

3. La Corte considera que conforme a la demanda y los argumentos que sustentan el único cargo de violación admitido, las intervenciones, el concepto del Ministerio Público, el problema jurídico que corresponde resolver a la Sala se circunscribe a determinar si ¿al establecer la duplicación de la unidad de multa (agravante) por reincidencia en delitos dolosos y preterintencionales condenados dentro de los 10 años anteriores a la comisión del nuevo delito, el Legislador vulneró el principio constitucional del *non bis in ídem*, al presuntamente establecer la posibilidad de una doble sanción penal a una persona por una conducta punible juzgada y sancionada previamente?

4. Para dar solución a la cuestión planteada, la Sala previamente presentará aspectos introductorios sobre la figura jurídica de la reincidencia, para después abordar 4 temas de incidencia constitucional en este asunto: i) El análisis de la reincidencia desde la dogmática penal, es decir, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, con especial énfasis en las finalidades constitucionales de la pena; ii) las generalidades de la reincidencia penal y su configuración normativa y jurisprudencial en el derecho comparado e interno; iii) la libertad de configuración normativa del Legislador en materia penal y en especial en el establecimiento de atenuantes y agravantes punitivos y sus límites constitucionales; y, iv) el principio del *non bis in ídem* y su dimensión material como parámetro de control constitucional. Por último se analizará en concreto la constitucionalidad de la norma acusada.

La reincidencia. Aspectos introductorios

5. La reincidencia reviste especial importancia para el derecho penal, pues comporta una reacción social ante la insistencia en el delito de quien ha sido previamente condenado por otro u otras conductas punibles, que se materializa en el incremento de la pena. Es decir, se trata de una situación fáctica con la entidad suficiente para generar la agravación de la pena impuesta a quien retorna a los actos reprochables no obstante haber sido juzgado y condenado previamente por la comisión de otros delitos.

6. Debido al problema jurídico planteado en relación con la figura de la reincidencia y el principio del *non bis in ídem* en el escenario del derecho penal constitucionalizado, la Sala es consciente de las dificultades teóricas que la mencionada institución ha generado en torno a su fundamentación y a su naturaleza jurídico-dogmática, puesto que el análisis de constitucionalidad está condicionado al lugar de ubicación de la reincidencia en cualquiera de los elementos de la dogmática penal. Así, si se encuentra ubicada en la tipicidad el análisis constitucional comprendería la configuración de la reincidencia como una conducta típica. Por su parte, si dicho instrumento se ubica en la antijuridicidad o en la culpabilidad, el control de constitucionalidad recaería sobre la reincidencia y su incidencia en el juicio de responsabilidad penal. Si finalmente se ubica en la punibilidad, la recaída en el delito sería analizada como elemento para establecer la pena del condenado.

7. Por tal razón, a continuación se efectuará un breve estudio a modo explicativo de: i) la tipicidad y la antijuridicidad; ii) la culpabilidad; y, iii) la punibilidad. Hecho lo anterior, la Sala focalizará su estudio en: iv) las teorías de la pena; v) las formas de la pena, en especial la pena de multa y los agravantes punitivos; vi) las finalidades de la pena; y, vii) su trascendencia constitucional.

Análisis de la figura de la reincidencia desde la dogmática penal constitucionalizada

8. La figura de la reincidencia que es objeto de análisis de la Corte, se enmarca dentro de la órbita del derecho penal, como expresión del poder punitivo del Estado, el cual se encuentra constitucionalizado tanto en sus aspectos sustanciales como procedimentales.

9. En ese escenario, surge la importancia de la dogmática penal constitucionalizada la cual cumple un papel de innegable trascendencia, pues tiene como finalidad extraer, describir y explicar sistemáticamente el contenido de las normas penales, por lo que a partir de la misma, se analizan aspectos como la tipicidad, antijuridicidad, la culpabilidad, la punibilidad, así como, las teorías, finalidades y valores de la pena, elementos de suma importancia para el estudio de la figura de la reincidencia penal, puesto que el control de

constitucionalidad de la Corte, como ya se mencionó, está condicionado por la ubicación en uno de los elementos mencionados. Así, su breve estudio permitirá a la Sala un mejor análisis sobre su constitucionalidad.

Tipicidad y tipo penal

10. El estudio de la teoría del delito actualmente se realiza a partir de un análisis tripartito: i) tipicidad; ii) antijuridicidad; y, iii) culpabilidad, fórmula acogida por el Código Penal colombiano.

Así, la tipicidad es la consagración normativa de los comportamientos humanos reprochables desde el punto de vista penal, a través de esquemas dogmáticos y las pautas de derecho positivo vigentes. Se expresa a través del tipo penal, conformado por elementos que definen la tipicidad de una conducta punible, los cuales son: los sujetos (activo y pasivo), el objeto, la conducta en sí misma y los ingredientes normativos y subjetivos, así como la consagración de la pena.

La definición del tipo penal, permite realizar la adecuación típica de la conducta objeto de reproche, puesto que se trata de un examen de correlación entre un comportamiento humano y todos los elementos estructurales del tipo.

La tipicidad penal y el principio de legalidad

11. La tipicidad tiene una innegable trascendencia constitucional y es una expresión de la irrigación de los contenidos de la Carta sobre el ordenamiento penal, pues constituye uno de los pilares del principio de legalidad, lo que genera una relación amplia y dinámica con el derecho fundamental al debido proceso.

Así, la tipicidad como principio se manifiesta en la “(...) exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras”¹.

Este Tribunal desarrolló el contenido de dicho principio e identificó los siguientes elementos: i) la conducta sancionable debe estar descrita de manera específica y precisa, bien porque está determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; ii) debe existir una sanción cuyo contenido material lo define la ley; y, iii) la obligatoria correspondencia entre la conducta y la sanción.

12. De otra parte, el artículo 29 de la Constitución establece que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Para esta Corporación, las disposiciones contenidas en la Carta le imponen al Legislador las siguientes obligaciones: i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas; ii) señalar anticipadamente las respectivas sanciones; iii) definir las autoridades competentes; y, iv) establecer las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo lo anterior con la finalidad de garantizar un debido proceso.

El principio de legalidad que rige el derecho penal, es definido por JIMÉNEZ DE ASUA como: “(...) *nullum crimen sine praevia lege*: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; *nulla poena sine praevia lege*: esto es, no puede

¹ Sentencia C-827 de 2011 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale indicum, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal."

Conforme a lo anterior, la Corte en sentencia C-653 de 2001 expresó que el ejercicio legítimo del poder punitivo del Estado debe respetar en todo caso las garantías del derecho fundamental al debido proceso destinado a "(...) proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo del estado."

En ese orden de ideas, el principio de legalidad penal es una de las principales conquistas del Estado constitucional, al constituirse en una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, pues les permite conocer previamente cuándo y por qué razón pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole, con lo que se pretende fijar reglas objetivas para impedir el abuso de poder de las autoridades penales del caso.

13. Este Tribunal ha identificado las diferentes dimensiones del principio de legalidad en materia penal, las cuales se resumen a continuación: i) la reserva legal, pues la definición de las conductas punibles le corresponde al Legislador y no a los jueces ni a la administración; ii) la prohibición de aplicar retroactivamente las normas penales, por lo que un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley previa que así lo establezca, salvo el principio de favorabilidad; iii) el principio de legalidad en sentido estricto denominado de tipicidad o taxatividad, exige que las conductas punibles no solo deben estar previamente establecidas por el Legislador, sino que deben estar inequívocamente definidas por la ley, por lo que la labor del juez se limita a la adecuación de la conducta reprochada en la descripción abstracta realizada por la norma. Solo de esta manera se cumple con la función garantista y democrática, que se traduce en la protección de la libertad de las personas y el aseguramiento de la igualdad ante el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado.

14. En conclusión, la tipicidad es un principio constitucional que hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad en materia penal. Dicho principio se expresa en la obligación que tiene el Legislador de establecer de manera clara, específica y precisa las normas que contienen conductas punibles y sus respectivas sanciones.

Por su parte, el principio de legalidad materializa el derecho fundamental al debido proceso y garantiza la libertad individual y la igualdad de las personas ante la ley. Sus dimensiones encierran la reserva de ley, la irretroactividad de la ley penal salvo favorabilidad y la tipicidad o taxatividad, mediante las cuales evita la arbitrariedad o la intromisión indebida por parte de las autoridades penales que asumen el conocimiento y juzgamiento de las conductas típicas.

Antijuridicidad en el derecho penal constitucionalizado

15. Verificada la tipicidad, corresponde ahora estudiar el concepto de antijuridicidad de la conducta, para luego analizar la culpabilidad y luego la punibilidad. La antijuridicidad o injusto penal implica la contradicción jurídica del acto objeto de reproche, es decir, de una parte, el desvalor de resultado el cual es formal cuando se infringe la ley y material, cuando se lesiona o se pone en peligro un bien jurídico protegido, y de otra parte, el desvalor de la acción con fundamento en el conocimiento de los hechos típicos dolosos o de la infracción al deber de cuidado en los delitos culposos, lo que genera el "injusto típico".

16. En la legislación colombiana, la antijuridicidad esta consagrada en el artículo 11 del Código Penal del año 2000, que establece: *“Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal.”*

La norma transcrita permite entender que en el país se acepta una concepción dual de la antijuridicidad (formal-material), porque para que la conducta típica sea antijurídica se requiere que sea contraria a derecho, y además, lesione o ponga en peligro un bien jurídico protegido por la norma penal.

17. La antijuridicidad no es un principio con expresa regulación constitucional, sin embargo, esta Corporación ha establecido que guarda una íntima conexión con el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso” el cual se deduce jurisprudencialmente de los postulados de Estado Social de Derecho, la dignidad humana, la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, los derechos inalienables de la personal, prohibición de la pena de muerte y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el principio de igualdad y de la proporcionalidad de las medidas excepcionales.

Conforme a lo anterior, la responsabilidad de los particulares por la infracción a las leyes, especialmente las penales, requiere la verificación de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no la simple valoración de una intención que se juzga lesiva, solo esta última condición justifica la restricción de los derechos y libertades, que gozan igualmente de protección constitucional.

18. En síntesis, aunque la antijuridicidad no tiene rango de principio constitucional, guarda una estrecha relación con el principio de proporcionalidad, puesto que solo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifica la restricción de derechos fundamentales como la libertad personal.

La culpabilidad penal constitucionalizada

19. La culpabilidad hace parte de la dogmática penal y junto con la tipicidad y la antijuridicidad, constituye un elemento estructural de la responsabilidad penal. Así las cosas, para BACIGALUPO la culpabilidad constituye *“(...) el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma”*.

20. La culpabilidad es aquel juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica. Tiene como fundamento constitucional la consagración del principio de presunción de inocencia y el avance hacia un derecho penal del acto, conforme al artículo 29 Superior. En ese sentido, el desvalor se realiza sobre la conducta del actor en relación con el resultado reprochable, más no sobre aspectos internos como su personalidad, pensamiento, sentimientos, temperamento entre otros. Conforme a lo anterior, está proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues la base de la imputación es el juicio de reproche de la conducta del sujeto activo al momento de cometer el acto. Por último, la culpabilidad permite graduar la imposición de la pena de manera proporcional, puesto que el análisis no se agota en la verificación del dolo, la culpa o la preterintención, sino que además, debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto.

Fundamento constitucional de la culpabilidad

21. El fundamento constitucional de la culpabilidad se encuentra en el artículo 29 de la Constitución y el principio de presunción de inocencia, conforme al cual *“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.”*. Al respecto, esta Corporación en sentencia C-626 de 1996 consideró que el artículo 29 de la Constitución consagró que ni el Legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie, puesto que toda persona se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario en el escenario de un juicio regido por el debido proceso. En tal sentido, la aplicación de las sanciones previstas en la ley está condicionada a la certeza de la responsabilidad subjetiva del procesado por el hecho punible que dio lugar al juicio, lo que implica la proscripción de cualquier forma de responsabilidad objetiva.

Posteriormente en sentencia C-239 de 1997, la Corte expresó que conforme al artículo 29 de la Constitución, el carácter político del Estado Social de Derecho y el respeto a la dignidad humana, se consagró el principio de que no hay delito sin conducta, pues *“(…) nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”*, por lo que el constituyente avanzó hacia el establecimiento de un derecho penal del acto y no de autor. Esta exigencia Superior implica:

i) Que el acontecimiento objeto de punición no puede constituirse ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad. Por lo tanto, el derecho represivo solo puede castigar al hombre por lo que efectivamente realizó y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco por su temperamento o por sus sentimientos, o por su personalidad. En resumen, se castiga al hombre por lo que hace, por su conducta social, no por su ser, deseo, pensamiento o sentimientos.

ii) La adscripción de la conducta al actor, de ahí que además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto debe estar dirigida a la observancia de la misma. En otras palabras: *“(…) el principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto.”*

iii) La culpabilidad permite graduar de manera proporcional la pena que debe imponerse, con fundamento en el juicio de exigibilidad. Así *“La ilicitud de muchos hechos no depende únicamente de su materialización y realización consciente y voluntariamente, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto. Tales componentes psicológicos pueden ser tenidos en cuenta únicamente cuando es el propio tipo el que de modo expreso los acoge, ya sea para fundamentar el injusto, su agravación, atenuación o exclusión.”*

22. En resumen, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que la culpabilidad en materia penal debe interpretarse a la luz del artículo 29 de la Constitución, que establece un tránsito hacia el derecho penal del acto y no de autor. En ese entendido, la valoración de la culpabilidad recae sobre actos exteriores del ser humano y no sobre aspectos de su fuero interno, el juicio de reproche debe ser adscrito a la conducta del actor y constituye el fundamento de la proporcionalidad de la pena a imponer.

La punibilidad y su trascendencia constitucional

La pena

23. Establecida la responsabilidad penal a partir de la verificación de la culpabilidad el siguiente estadio dogmático es la imposición de la respectiva pena. Este elemento de la dogmática penal reviste trascendental importancia, puesto que es a partir de la punibilidad que se restringen derechos fundamentales como la libertad personal, entre otros. Además, el estudio de la pena, su función, las clases y forma de medición (dosimetría), son relevantes para el asunto que conoce en esta oportunidad la Sala, puesto que la norma objeto de censura contempla la duplicidad de la pena de multa que inicialmente correspondería.

La pena configura la sanción legal, la expresión del poder punitivo del Estado por la realización de un acto considerado típicamente como delito. Para JAKOBS "(...) *el contenido y la función de la pena no se pueden configurar (ni siquiera limitándose a la pena estatal) con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido*". Por tal razón, a continuación se presentan las teorías que buscan explicar las funciones y fines de la pena.

Teoría de los fines de la pena

24. Con las teorías de la pena se busca encontrar la justificación de su aplicación. Para ZUGALDIA ESPINAR las teorías de la pena son perspectivas, puntos de vista que tienen como finalidad explicar de manera racional la existencia del derecho penal, que permite que algunas personas (jueces o tribunales), a nombre de la sociedad impongan a sus semejantes el sufrimiento de una sanción legal punitiva.

Para un sector de la doctrina la legitimación de la pena se encuentra con la función que se le asigne al derecho penal. En tal sentido, BACIGALUPO expresa que "(...) *toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el Derecho penal.*"

Conforme a lo expuesto, las teorías de la pena la justifican a partir de su función y finalidad, en ese orden de ideas, a continuación se presentan brevemente las teorías que justifican la imposición de penas a partir de sus fines.

Teorías absolutas

25. En estas teorías la pena tiene una finalidad en sí misma, con una marcada tendencia compensatoria, que busca resarcir el daño cometido por el infractor.

Así, la *teoría de la expiación* es una de las concepciones de la tendencia absolutista, en la que según LESCH la pena supone una expiación moral, una especie de reconciliación del sujeto activo con la norma penal transgredida y con la sociedad, de ahí que la pena tenga una dimensión de arrepentimiento del delincuente y la aceptación social de aquel acto de contrición, que se traduce en la liberación de su culpa.

Por su parte, la *teoría de la retribución* considera de una parte la realización del anhelo de justicia como fundamento del derecho o necesidad moral o social, y de otra, la prohibición de instrumentalizar al individuo en procura del bienestar social o común, es decir, se encuentra proscrita cualquier forma de utilitarismo penal.

Por ejemplo, para KANT el hombre es un fin en sí mismo, por lo que no puede ser instrumentalizado a través de la pena, con la finalidad de generar a la sociedad o al

delincuente una determinada utilidad, sino que su imposición se justifica por tratarse de una necesidad moral generada por el acto delictivo.

Teorías relativas

26. Las teorías relativas pretenden, a través de la pena, el cumplimiento de determinados fines como son la prevención del delito y la protección de determinados bienes jurídicos, que se derivan de las obligaciones del estado fundadas en el mantenimiento de un orden social.

Conforme a lo expuesto, la *teoría de la prevención general negativa* parte de la idea de que la pena tiene una finalidad intimidatoria, pues busca coaccionar psicológicamente a los potenciales delincuentes, de tal manera que mediante la amenaza y la ejecución posterior de la pena se logre hacer desistir la comisión de hechos punibles.

27. De otra parte, la *teoría de la prevención general positiva*, reitera su fundamento a partir del fin socialmente útil de la pena. Según JAKOBS, la pena positivamente considerada es "(...) una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada."

Así las cosas, la base de esta teoría es el respeto al orden social, que se configura como un modelo de orientación para las interacciones sociales, por lo que los hombres puedan esperar siempre, en sus relaciones con los demás, que las normas vigentes serán respetadas por sus semejantes.

28. En relación con la *teoría de la prevención especial*, esta se dirige al autor concebido individualmente. Según VON LISZT, la pena no se deduce de un criterio abstracto de justicia, sino que es sinónimo de coacción. Este criterio es bifronte, pues busca proteger los bienes jurídicos a través de la lesión de otros bienes jurídicos, bien sea de forma indirecta o psicológica (corrección o intimidación), o de manera directa y física (inocuidación).

Teorías mixtas

29. Estas teorías pretenden una explicación acerca de los fines de la pena a partir de la combinación de las teorías absolutas y las relativas. Las teorías que otorgan *preferencia a la retribución* contemplan que la pena debe perseguir simultáneamente fines retributivos, de prevención general y de prevención especial, sin embargo le otorgan a la retribución un lugar preponderante.

En otro sentido, *las que no le otorgan preferencia a la retribución* le otorgan a la pena un fin exclusivamente preventivo. ROXIN expuso su teoría unificadora aditiva, a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Federal alemán, para quienes la retribución, la prevención especial y la prevención general, son fines de la pena que tienen igual rango o jerarquía.

Los fines de la pena en el Código Penal colombiano y su trascendencia constitucional

30. Los artículos 3º y 4º de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) establecen los principios de las sanciones penales así como las funciones de la pena. De esta suerte, la imposición de la pena o medida de seguridad deberá responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Sin embargo el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

Por su parte, la pena cumple las funciones de: i) prevención general; ii) retribución justa; iii) prevención especial; iv) reinserción social; y, v) protección al condenado.

31. La Corte ha analizado los fines constitucionales de la pena, con especial preferencia a los fines de resocialización (preventiva especial). En efecto, en sentencia C-261 de 1996 expuso que la función resocializadora guarda una íntima relevancia con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, pues la reeducación y la reinserción social del condenado son el objetivo de los esfuerzos del Estado no solo legales sino también institucionales.

Posteriormente en sentencia C-430 de 1996, este Tribunal dijo que la pena en nuestro sistema jurídico tiene un fin preventivo, representado en el establecimiento legal de la sanción penal, un fin retributivo que se manifiesta con la imposición judicial de la pena y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, a partir de principios humanistas contenidos en la Carta y en los Tratados internacionales.

En la sentencia C-144 de 1997, la Corte manifestó que las penas tienen como finalidad la búsqueda de la resocialización del condenado, dentro del respeto por su autonomía y dignidad, puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de Social y de Derecho no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción. Esta posición jurisprudencial fue reiterada en la sentencia C-061 de 2008, que analizó la constitucionalidad de la norma que contemplaba la pena denominada "*los muros de la infamia*".

Recientemente en sentencia T-718 de 2015, este Tribunal reiteró que de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia vigentes, la educación es la base de la resocialización, puesto que la figura de la redención de la pena es la materialización de la función resocializadora de la sanción.

32. Conforme a lo expuesto, se puede concluir que la pena implica una reacción del Estado ante la infracción del ordenamiento jurídico, lo que en algunos casos es consecuencia de la pretensión de reafirmación de su facultad punitiva. Dentro de las finalidades de la pena, se encuentran diferentes teorías que intentan justificar su imposición, de una parte, las absolutas que tienden a la retribución y la prevención y de otra, aquellas que se fundamentan en la simbiosis de ambos postulados.

El Código Penal colombiano le otorga a la pena funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Por su parte, la Corte ha estudiado el fenómeno de los fines de la pena y ha admitido a la resocialización como un fin constitucionalmente válido de la pena.

Clases de penas

33. El Código Penal del año 2000 estableció las siguientes clases de penas:

i) *Principales*: son aquellas determinadas en cada tipo penal como consecuencia punitiva específica de la conducta definida como punible, es decir, el tipo penal las define como tal y se aplican de forma autónoma e independiente, sin sujetarse a otras. En esta categoría se encuentran la pena privativa de la libertad, penas pecuniarias y las privativas de otros derechos. La pena de *prisión* es una restricción al ejercicio de la libertad personal por parte de quien la padece, surgió históricamente como un triunfo contra las instituciones propias del Estado absolutista, pues significó un sustituto benéfico frente a la pena de muerte, la tortura, trabajo forzado y la esclavitud.

Por su parte, las *penas pecuniarias* están representadas por la pena de *multa*, definida como la obligación de pagar determinada cantidad de dinero, no con finalidad de resarcimiento o indemnización, sino como una consecuencia jurídica de la realización de una conducta punible que presenta las características y funciones de la sanción penal.

ii) Las *penas accesorias privativas de otros derechos* son aquellas específicamente determinadas en la Parte General del Código y entre las cuales se encuentran: i) inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; ii) la pérdida del empleo o cargo público; iii) la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas; iv) la expulsión del territorio nacional para los extranjeros, entre otros.

Individualización de la pena privativa de la libertad

34. La dosificación punitiva en materia de privación de la libertad responde a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena, puesto que permite graduar la sanción que debe imponer la autoridad judicial competente.

En el proceso de medición de la pena, el intérprete debe tener en cuenta aquellas situaciones que modifican los límites de la pena, cuyos efectos consisten en variar los marcos punitivos, bien en su mínimo o máximo, como serían las situaciones de ira e intenso dolor. De otra parte, también debe tener en cuenta aquellas situaciones que no modifican los límites de la pena, pero le permiten al juzgador la graduación de la sanción en cada caso. Entre estas últimas se encuentran las circunstancias de menor o mayor punibilidad contenidas en los artículos 55 y 58 del Código Penal.

En el proceso de individualización de la pena, el artículo 61 del Código Penal establece:

“Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

Inciso adicionado por el artículo 3 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente: El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa.”(Lo énfasis agregado).

Conforme a lo expuesto, uno de los criterios para la movilidad del intérprete en los cuartos punitivos es la presencia o ausencia de circunstancias atenuantes de la pena, entre las que se encuentra la falta de antecedentes penales. Este análisis implica una forma de valoración de la reincidencia penal del delincuente, pero no envuelve el establecimiento de una circunstancia de agravación punitiva, sino que la ausencia de antecedentes penales es una causal de atenuación de la sanción que le permite al juez dosificar la pena a imponer. En todo caso, el análisis de la existencia de condenas previas del procesado, no genera una valoración sobre su personalidad proclive al delito o su ser en sí mismo considerado, pues se trata de la verificación de una situación objetiva representada en la existencia de una condena judicial definitiva al momento de la comisión de un nuevo delito.

Frente a este aspecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 27 de mayo de 2004 (21244), manifestó:

“El concepto de antecedente penal, que recoge el artículo 55 en su numeral primero, implica la existencia de una condena judicial definitiva (artículos 248 de la Constitución Nacional, y 7° del estatuto procesal penal), al momento de la comisión del delito que se juzga, pues las circunstancias de mayor o menor punibilidad se encuentran referidas a la conducta investigada, o momento de su ejecución, no al del proferimiento del fallo.”

Posteriormente en sentencia del 18 de mayo de 2005 (21649), esa misma Corporación manifestó:

“(…) El hecho de poseer antecedentes penales no es factor constitutivo de circunstancia de mayor punibilidad. Basta leer el artículo 58 del Código Penal para arribar a tal conclusión. Y no pueden ser utilizados como enseña de una personalidad proclive al delito, porque la personalidad ya no es uno de los parámetros que permitan fijar la pena (artículo 61.3 Código Penal); y tampoco es posible inferir contra reo que si la carencia de antecedentes es causal de menor punibilidad (artículo 55 Código Penal), su presencia lo sea de mayor punibilidad.”

35. En resumen, la dosificación punitiva de la pena de prisión, comprende circunstancias que pueden modificar la pena, o aquellas que le permiten al juez graduar la pena de acuerdo los límites punitivos representados en el sistema de cuartos. Una de las causales para la ubicación en el cuarto mínimo de punibilidad es la ausencia de antecedentes penales como forma de valoración de la reincidencia penal, circunstancia de atenuación punitiva que ha sido identificada por la Corte Suprema de Justicia, como un análisis del juez para establecer su menor punibilidad, a partir de las situaciones personales del reo al momento de la ejecución de la conducta, más no de un estudio sobre la personalidad proclive al delito del mismo, pues tal situación no es un parámetro para fijar la pena conforme al artículo 61.3 del Código Penal.

En otras palabras, la presencia de antecedentes penales no es un criterio de valoración sobre la antijuridicidad, la culpabilidad o para fijar la punibilidad, pues no es un criterio de agravación de la pena privativa de la libertad, sin embargo su ausencia, es una situación de atenuación de la sanción penal.

La pena de multa en el Código Penal

36. El artículo 39 del Código Penal, establece que dicha sanción se concreta en la obligación de pagar al Tesoro Nacional una suma no mayor de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que puede presentarse cuantificada bajo dichas unidades

cuando acompaña a la pena privativa de la libertad o bajo la modalidad progresiva autónoma de unidad de multa, cuando el tipo penal se refiere a la misma, como sería el caso de delitos contra la libertad religiosa.

Conforme a lo expuesto la multa tiene dos modalidades: i) unidad de salarios mínimos legales mensuales vigentes: en la que la sanción se encuentra ligada al valor del salario mínimo legal vigente; y ii) como unidad de multa progresiva. Esta última modalidad se caracteriza por:

a) Cada unidad equivale a un número de salarios mínimos.

b) Su determinación depende de los ingresos promedio del condenado en el último año, por lo que existen diversos grados. En efecto, en el primer grado se ubican quienes hayan percibido hasta 10 S.M.L.M.V, caso en el cual una unidad multa equivale a un salario y la multa será de hasta 10 unidades multa. En el segundo grado se ubican a quienes perciben entre 10 y 50 S.M.L.M.V, la unidad de multa equivale a 10 S.M.L.M.V y la multa será hasta 10 unidades multa. En el tercer grado se encuentran quienes perciben mas de 50 S.M.L.M.V, la unidad multa será de 100 S.M.L.M.V y la multa será de hasta 10 unidades multa.

Además de lo anterior, la unidad multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores.

La fijación de la cuantía de la multa está condicionada a: i) el daño causado con la infracción; ii) la intensidad de la culpabilidad; iii) el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo; iv) la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares; y v) las demás circunstancias que indique su posibilidad de pagar.

La unidad de multa deberá pagarse de manera íntegra e inmediata, una vez la sentencia condenatoria haya quedado en firme. Sin embargo, existe la posibilidad de pagarla a plazos, el cual no podrá ser superior a 2 años. También la multa podrá amortizarse mediante trabajo, caso en el cual una unidad de multa equivale a 15 días de trabajo.

El artículo 40 de la Ley 599 de 2000, consagra la posibilidad de convertir en arrestos de fin de semana la multa cuando no es pagada por el condenado. En estos casos cada unidad de multa impaga equivale a 5 arrestos de fin de semana.

37. En conclusión, la pena de multa tiene una innegable naturaleza pecuniaria cuya finalidad es la de destinar al Tesoro Nacional una suma de dinero que no puede ser mayor a 50000 S.M.L.M.V. Para su determinación el juez debe tener en cuenta la situación económica del delincuente, lo que le permite graduar la sanción de acuerdo a los tres niveles contenidos en la ley.

La norma establece un agravante de la unidad de multa en caso de que el procesado haya sido condenado por delito doloso o preterintencional dentro de los 10 años anteriores, que implica duplicar la unidad de multa impuesta. Esta disposición jurídica, en esta oportunidad, es objeto de estudio constitucional por parte de este Tribunal.

Aspectos generales de la reincidencia penal

38. En este capítulo la Sala analizarán los aspectos generales de la reincidencia penal, como son: i) su concepto y naturaleza jurídica; ii) las clases; iii) características; iv) elementos; v) su consagración en el derecho penal comparado y en el derecho interno.

Concepto de reincidencia penal

39. Previamente se había advertido que la reincidencia constituye una reacción social frente a la recaída en el delito materializada en el incremento de la pena. Según el diccionario de la Real Academia Española reincidencia significa: i) Reiteración de una misma culpa o defecto; o ii) Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa.

40. En resumen, la reincidencia es una recaída en el delito, por parte de quien ya había sido condenado penalmente con anterioridad, lo cual genera una reacción social y jurídica en términos punitivos, pues agrava la pena del nuevo delito.

Naturaleza jurídica

41. El concepto de reincidencia penal expuesto previamente, advierte que la naturaleza jurídica de esta figura es la de agravar la pena impuesta al delincuente que recae en el delito, por tal motivo se trata de una causal de agravación punitiva.

Esta Corporación en sentencia C-060 de 1994, expuso que la reincidencia es una causal de agravación de la pena impuesta, debido a que *"(...) es al legislador a quien corresponde expedir los ordenamientos legales que rijan el sistema penal; en este evento, el legislador colombiano juzgó oportuno darle relieve a la reincidencia, como una forma más eficaz de desestimular conductas socialmente censurable"*.

Posteriormente en sentencia C-077 de 2006 esta Corporación expresó:

"La reincidencia es una especie de las circunstancias modificativas agravantes de responsabilidad, prevista en algunos ordenamientos penales y, más ampliamente, en algunos ordenamientos sancionatorios, en virtud de la cual se agrava la sanción impuesta al infractor cuando ha sido sancionado anteriormente por la comisión de otras infracciones."

42. Se tiene entonces que la reincidencia es una circunstancia que agrava la pena. La comprensión del término agravante puede partir desde su origen etimológico, vinculado a las acepciones latinas *circum* que significa cerca de, en torno a, alrededor de, y *stare* que significa estar. Para la Real Academia de la Lengua Española, el término circunstancia significa *"Accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho."*

Para JIMENEZ DE ASUA el concepto de circunstancia hace referencia a *"(...) todo lo que modifica un hecho o un concepto sin alterar su esencia"*. Entonces se trata de situaciones accidentales cuya ausencia no ocasiona la falta de responsabilidad penal, pues condicionan el *quantum* de la pena más no la sanción en sí misma considerada.

Así, las circunstancias modificativas, en este caso agravantes, afectan la pena más no al delito en sí mismo considerado, puesto que se trata de *"(...) algo accesorio o accidental que únicamente repercute sobre la mayor o menor gravedad de la reacción punitiva, es decir, de simples circunstancias al fin y al cabo."*

En concordancia con lo anterior MIR PUIG expresa que “(...) la determinación de la pena pertenece a la teoría de la pena, pero no puede desvincularse de la gravedad de su principal presupuesto, el delito, y dicha gravedad ha de poder explicarse según el esquema de la teoría del delito.”

En consecuencia, la reincidencia como una forma de agravación punitiva supone un elemento accidental y accesorio a la pena y al delito en sí mismo considerado, pues no condiciona la existencia de ambos elementos dogmáticos. Además, se erige como la objetivación de una circunstancia personal actual del actor, puesto que la demostración de su ocurrencia se realiza a través de una serie de presupuestos de naturaleza objetivo-formal, más no subjetivos, puesto que se encuentra prescrita cualquier clase de exploración sobre la personalidad del reo.

Clases de reincidencia

43. La doctrina ha identificado diversas clases de reincidencia, entre las que se encuentran: i) *genérica o reiteración* para expresar la sanción penal agravada por la recaída en delitos de distinta naturaleza, previa condena ejecutoriada; ii) *específica*: que se refiere a la recaída en delitos de la misma naturaleza, entre los cuales medie sentencia previa ejecutoriada; iii) *propia o vera*: que exige para su apreciación que el autor al realizar el segundo delito hubiese cumplido total o parcialmente la pena impuesta por el anterior delito; y, iv) *impropia o ficta*: en la que no interesa si el delincuente ha cumplido total o parcialmente la pena impuesta en el delito previo.

Características de la reincidencia

44. Conforme a lo expuesto, las principales características de la reincidencia penal son las siguientes: i) *Generalidad*: pues se aplica a cualquier comportamiento punible, salvo que en determinados casos se encuentre excluida; ii) es *obligatoria*, esta característica obliga a todos los jueces a aplicarla, siempre que se encuentren acreditados los requisitos exigidos por la ley; iii) se basa en criterios *objetivos*: no obstante ser una circunstancia personal, descansa sobre criterios objetivos, pues exige la existencia de una sentencia previa en firme y la comisión de otro delito, es decir, se trata de la objetivación de una condición personal actual, a partir de la acreditación de requisitos formales y objetivos, que escapan al juicio de culpabilidad realizado por el operador judicial; iv) está sometida a *límites temporales*: existe la previsión legal de unos plazos a partir de los cuales dejan de surtir efectos las condenas anteriores; y v) es una *circunstancia de agravación de la pena*: su operancia genera el aumento de la pena para el sujeto activo del nuevo delito.

Elementos de la reincidencia

45. Los elementos de esta figura en términos generales son los siguientes: i) *condena previa*, esto es, la necesidad de comprobar la existencia previa de una condena penal por delito; ii) *sentencia en firme o ejecutoriada*: pues el pronunciamiento anterior debe estar ejecutoriado; iii) *ausencia de exigibilidad de condena cumplida*: basta la existencia de condena ejecutoriada aunque no se haya cumplido la pena; iv) *eficacia temporal de la condena previa*: en tanto que la misma no es perpetua; v) *delito actual*; vi) *sujeto reincidente*; y vii) *prueba de la reincidencia*, es decir, las circunstancias objetivas y formales que la determinan deben estar debidamente probadas.

La reincidencia en el derecho penal comparado

46. La figura de la reincidencia ha sido adoptada en diversos ordenamientos jurídicos. Para efectos del estudio que realiza en esta oportunidad la Corte, se revisará la figura en ordenamientos jurídicos europeos en especial de Alemania, Italia y España por tener orígenes jurídicos romano-germánicos. Al igual que en los ordenamientos jurídicos Latinoamericanos de Perú y Argentina.

Derecho comparado europeo

Alemania

47. El actual Código Penal Alemán (StGB) no contiene una causal general de agravación de la pena con base en la reincidencia. Sin embargo, en el pasado estaba consagrada para delitos de igual clase y solo en algunos preceptos penales de la Parte Especial del Código Penal (ej. Parágrafos 244, 250.I No. 5, 262 y 266 del viejo StGB). En el proyecto de 1962, que posteriormente se convirtió en ley, se establecía en su parágrafo 48 (parte general) una especie de reincidencia que no se limitaba a determinados delitos.

Esta disposición fue sometida al control del Tribunal Constitucional Alemán, quien en sentencia del 16 de enero de 1979, consideró la adecuación a la Carta de la norma en mención, siempre y cuando su aplicación no implicara una presunción de mayor culpabilidad del reo, y se verifique caso por caso si se le puede reprochar al reincidente que no haya considerado como advertencias las anteriores condenas.

48. Actualmente no está consagrada la reincidencia como agravante punitiva. Sin embargo, la recaída en el delito constituye un factor que se tiene en cuenta al momento de la individualización de la pena, conforme a lo consagrado en el parágrafo 46.II del StGB.

Italia

49. La reincidencia en el Código Penal italiano tiene como efecto principal el aumento de la pena a imponer al condenado, potestad que se deja a la discrecionalidad del órgano judicial. Así, el artículo 99 de su norma penal establece:

“La reincidencia

Quien, después de haber sido condenado por un delito intencional, comete otro, que puede ser sometido a un aumento de un tercio de la pena a ser impuesta por el nuevo delito cometido intencionalmente.

La pena podrá ser aumentada hasta la mitad:

- 1) si el nuevo delito intencional es de la misma naturaleza;*
- 2) si el nuevo delito doloso se ha cometido en los cinco años siguientes a una condena anterior;*
- 3) si el nuevo delito doloso se haya [sic] cometido durante o después de la ejecución de la sentencia, o durante el tiempo en que el convicto se rehúsa a la ejecución voluntaria de la sentencia.*

(...)

Si el reincidente comete otro delito no culposo, el incremento de la sentencia, en el caso mencionado en el primer párrafo, que es la mitad y, cuando así esté previsto en el segundo párrafo, es dos tercios.

Si se trata de uno de los delitos señalados en el artículo 407, apartado 2, letra a), del Código de Procedimiento Penal, el aumento de la pena de recaída en los casos contemplados en el segundo párrafo, no puede ser inferior a un tercio de la pena a ser impuesta por el nuevo delito.”

España

50. La figura de la reincidencia en España se encuentra actualmente regulada en la Parte General de la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre (Código Penal), modificada por la Ley Orgánica 1/2015 del 30 de marzo, como una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. La consagración legal de esta figura se encuentra en el artículo 22, así:

“Artículo 22.

Son circunstancias agravantes:

1.ª Ejecutar el hecho con alevosía.

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

2.ª Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

3.ª Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.

4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

5.ª Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

6.ª Obrar con abuso de confianza.

7.ª Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

8.ª Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.

Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español” (Negrillas fuera de texto)

51. El Tribunal Supremo Español ha realizado el estudio de esta figura a través de su jurisprudencia. Así, en sentencia del 6 de abril de 1990, expresó:

“De esta manera quedan superadas todas las objeciones constitucionales formuladas contra el art. 10, 15 CP-1973. En efecto, dado que la pena no será desproporcionada respecto de la culpabilidad por el hecho, no cabe pensar en la vulneración del art. 105 CE, ya que no se puede considerar la pena adecuada a la culpabilidad ni como inhumana ni como degradante. Tampoco se habrá vulnerado el art. 25.1CE, pues, al estar la pena determinada por la gravedad de la culpabilidad del hecho cometido, no hay reiteración penal alguna fundada en otros hechos cometidos anteriormente y ya sancionados. (...) y finalmente no cabe hablar en general y en abstracto de una ficción de peligrosidad, incompatible con el art. 24.2 CE, porque ello dependerá del caso concreto y del fundamento real del pronóstico de recaída en el delito que se formule respecto de los autores, pero no afecta la compatibilidad de la reincidencia con la Constitución en abstracto, en la medida en que la agravación fundada en el art. 10.15 CP estará siempre limitada entendida de esta forma, por la gravedad de la culpabilidad.

Por todo ello, la Sala entiende que –interpretado el art. 10.15 CP-1973 de acuerdo con los principios señalados- no corresponde considerar inconstitucional la agravante de reincidencia, mientras con ella no se fundamente la aplicación de una pena superior a la adecuada a la gravedad de la culpabilidad por el hecho.”

52. Por su parte, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia STC 150/91, de 4 de julio, resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad formuladas por el Juzgado de Instrucción de Daroca (Zaragoza), con fundamento en que la figura de la reincidencia desconocía principios constitucionales, entre los que se encuentra el “*non bis in ídem*”. Al respecto, esa Corporación manifestó:

“(...) del propio significado del non bis in ídem se desprende que la agravante de reincidencia del art. 10.15 CP-1973 no conculca dicho principio constitucional. En efecto, la apreciación de la agravante de reincidencia supone, como al principio se expuso, la obligatoriedad de tomarla en consideración, como cualquier otra agravante, para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en el propio Código (art. 58 CP), y, más concretamente, para determinar el grado de aplicación de la pena prevista para el delito y, dentro de los límites de cada grado, fijar –discrecionalmente- la extensión de la pena. Es claro, en consecuencia, que con la apreciación agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o solo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados –art. 10.15 C.P.- y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior. En este sentido, es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una

referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan solo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera del círculo propio del principio non bis in ídem.

(...)

Tampoco es aceptable el argumento de que no es conforme a la Constitución agravar la pena por hechos anteriores a la comisión del delito, que el Juez razona a partir de lo dispuesto en el art. 25.1, in fine, de la Constitución. Basta con señalar, al efecto que la exigencia del art. 25.1 CE se refiere a la vigencia, en el momento de cometerse el nuevo delito, de la norma sancionadora; por ello, lo determinante, a efectos de la adecuación a la Constitución, es que se aplique una norma reguladora de la reincidencia que esté vigente en ese momento, según la exigencia de previa lege; norma que, como se ha dicho, no sanciona hechos anteriores, sino constitutivos del nuevo delito, agravando la correspondiente pena.” (énfasis agregado)

Estas consideraciones fueron reiteradas por el Tribunal Constitucional en sentencia STC 152/92 del 10 de octubre, en la que, en relación con el cargo por violación al principio del *non bis in ídem*, afirmó:

“Ambas vulneraciones (Se refiere al principio de igualdad y del non bis in ídem) han de ser desestimadas. Para ello, y a fin de evitar innecesarias reiteraciones, basta remitirse a la doctrina sentada por este Tribunal en la STC150/91 en la que se dio respuesta a las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en torno al art. 10.15 del Código Penal. En dicha sentencia ya se abordó y se desestimó que la aplicación de la agravante de reincidencia conculcase el principio de igualdad de trato de los reincidentes respecto de los que no lo son (fundamento jurídico 6º) así como la alegada contradicción entre la aplicación de la citada agravante en relación con el principio non bis in ídem (fundamento jurídico 9º). Las razones jurídicas contenidas en la Sentencia citada son perfectamente aplicables al supuesto que nos ocupa, por lo que a ellas nos remitimos para desestimar las vulneraciones aducidas en el presente recurso.”

53. Conforme a lo expuesto, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional español, consideraron que la figura de la agravante por reincidencia no desconoce la Constitución, en especial el principio del *non bis in ídem*, puesto que no se vuelven a castigar los hechos anteriores que ya fueron sancionados y se encuentran amparados por la cosa juzgada. Así, de lo que se trata es de una circunstancia verificable en el delito actual y que sirve para fijar y determinar la pena a imponer.

Derecho comparado Latinoamericano

Argentina

54. La reincidencia penal esta regulada en el Código Penal de la Nación Argentina (Ley 11.179 TO 1984), especialmente en el artículo 50 y siguientes que es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 50.- Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad. La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años."

55. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentencia que resolvió el caso "L' Eveque" número 311:1451, uno de los fallos mas reiterados en relación con la figura de la reincidencia y su conformidad con el principio del *non bis in ídem*, expresó que dicha institución penal no vulnera el mencionado principio, puesto que:

"(...) la cuestión a resolver es la de saber si la restricción contenida en el art. 14 del Cód. Penal se encuentra en pugna con la prohibición de la doble persecución penal, que tiene rango constitucional (Confr. causa C. 259. XXI. 'Cesar y Antonio Karam, S.C.I.C.A. s/ contencioso administrativo de plena jurisdicción e ilegitimidad c. dec. 2423/83 del P.E.', del 24-12-87) y con la garantía de igualdad establecida en el art. 16 de la Constitución Nacional. "Que el principio 'non bis in ídem', en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena entendida esta como un dato objetivo y formal a los efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en lo que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal (ver en sentido concordante 'Pace v. Alabama', 106 U.S. 583, 'Leeper v. Texas', 139 U.S. 462 y 'Moore v. Missouri', 159 U.S. 673 de la Suprema Corte de los Estados Unidos y causa V. 172. XXI, 'Valdez, E. C. y otra s/robo con armas y encubrimiento', del 21-04-88 - Rev. La Ley, t. 1998 - E, p. 205)" (negrillas fuera de texto)

56. En resumen, la reincidencia en Argentina no implica un doble juicio de conductas que desconozca el principio del *non bis in ídem*, puesto que el Legislador (sic) puede consagrar que al momento de imponer un tratamiento penitenciario por un nuevo delito, pueda tenerse en cuenta la anterior condena, como un dato actual, objetivo y formal.

Perú

57. La figura de la reincidencia había sido abolida de la normatividad penal peruana, sin embargo reapareció mediante Ley 28726 del 9 de mayo de 2006, que reformó el Código Penal en los siguientes aspectos:

"Artículo 1.- Incorpora incisos al artículo 46 del Código Penal, Incorpóranse al artículo 46 del Código Penal los incisos 12 y 13, con el siguiente tenor:

"12. La habitualidad del agente al delito.

13. La reincidencia".

Artículo 2.- Incorpora artículos al Código Penal

Incorpóranse al Código Penal los artículos 46-B y 46-C, con el siguiente tenor:

“Artículo 46-B.- Reincidencia

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados.

Artículo 46-C.- Habitualidad

Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”.

Artículo 3.- Modifica los artículos 48, 55, 440 y 444 del Código Penal. Modifícanse los artículos 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, de acuerdo a los textos siguientes:

“Artículo 48.- Concurso ideal de delitos

Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.

Artículo 55.- Conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad. Si el condenado no cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-libres aplicada. La acción penal y la pena prescriben al año. En caso de reincidencia, prescriben a los dos años (...)

6. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta el doble del máximo legal fijado.”

58. El Tribunal Constitucional de ese país, mediante sentencia del 19 de enero de 2007, analizó la constitucionalidad de la citada ley, en especial por la presunta vulneración del principio del *non bis in ídem*. En esta providencia, esa Corporación concluyó:

“(…) El principio de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, o principio ne (sic) bis in ídem, ha sido tratado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2050-2002-AA/TC (fundamento 2) donde señaló que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, contemplado en el artículo 139º, numeral 3 de la Constitución. Esta pertenencia y dotación de contenido se produce en virtud de la aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

20. En la referida sentencia se sostuvo que el principio ne (sic) bis in ídem ostenta una doble configuración: una de carácter material y otra de carácter sustantivo. La primera de ellas alude a la proscripción de que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones respecto a un mismo hecho o conducta sancionable; mientras que la segunda alude a la prohibición de que se una persona sea objeto de dos procesos distintos respecto a un mismo hecho. Siendo que la

reincidencia prevé la posibilidad de agravar la pena por la comisión de un delito en caso de que existan antecedentes de su anterior consumación, corresponde centrar la atención en la primera configuración del principio materia de este apartado; esto es, la prohibición de la doble sanción respecto a un mismo hecho. Este Tribunal la ha desarrollado en el fundamento 3.a de la sentencia recaída en el Exp. N.º 2050-2002-AA/TC antes mencionada, en los siguientes términos:

21. *En su formulación material, el enunciado según el cual «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.*

(...)

23. *Con tales alcances, debe enfatizarse que el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si se constata que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio ne (sic) bis in ídem. Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples. Desde esta lógica, lo que comporta la reincidencia es la manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo acto delictivo y para un mismo sujeto, sobre la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior.*

24. *El primer delito cometido –aquel que es objeto de consideración– no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente –es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento– no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. Atendiendo al razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio ne (sic) bis in ídem.”*

59. Conforme a lo anterior, el Tribunal Constitucional del Perú no considera que la reincidencia desconozca el principio del *non bis in ídem*, puesto que la aplicación de la misma no constituye una doble sanción por un mismo hecho, pues dicha circunstancia, es decir, el hecho de haber sido sancionado previamente por un delito, simplemente se toma en consideración para efectos de la graduar la pena que se impondrá a un acto delictivo distinto y actual.

La reincidencia en Colombia

60. Además de la norma objeto de censura constitucional, el Código Penal contiene la consagración de una forma de reincidencia en el artículo 319, que establece el delito de contrabando en los siguientes términos:

ARTICULO 319. CONTRABANDO. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1762 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El que introduzca o extraiga mercancías en cuantía

superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, al o desde el territorio colombiano por lugares no habilitados de acuerdo con la normativa aduanera vigente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.

El que oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, o las ingrese a zona primaria definida en la normativa aduanera vigente sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, incurrirá en la misma pena de prisión y multa descrita en el inciso anterior.

Si las conductas descritas en los incisos anteriores recaen sobre mercancías en cuantía superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, se impondrá una pena de nueve (9) a doce (12) años de prisión y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.

*Se tomará como circunstancias de agravación punitiva, que el sujeto activo tenga la calidad de Usuario Altamente Exportador (Altex), de un Usuario Aduanero Permanente (UAP), o de un Usuario u Operador de Confianza, de un Operador Económico Autorizado (OEA) o de cualquier operador con un régimen especial de acuerdo con la normativa aduanera vigente. **Asimismo será causal de mayor punibilidad la reincidencia del sujeto activo de la conducta**" (énfasis agregado).*

De otra parte, como se advirtió en capítulos anteriores, una especie de valoración punitiva de la reincidencia es el estudio de los antecedentes penales en la etapa de dosimetría penal, los cuales surgen como atenuantes punitivos, y no constituyen una valoración sobre la personalidad del delincuente, como lo manifestó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

61. De la misma manera, en otros ordenamientos jurídicos como el Código Penitenciario y Carcelario (artículos 63, 128, 147); Estatuto General del Transporte (artículos 48 literal e, 49 literal e); Código Nacional de Transporte Terrestre (artículos 26 numerales 4º y 5º, 124, 131, 152, 154); el Código de Policía (artículos 108L, 158, 189, 206, 214, y 28 del Título IV adicionado por el artículo 11 del Decreto 522 de 1971), Ley 734 de 2002 (artículo 47), entre otros, se han establecido figuras sancionatorias en las que se valora la reincidencia como agravante punitivo.

62. La Corte ha analizado la figura de la reincidencia en distintos ordenamientos jurídicos, que tienen como elemento común el ejercicio de la facultad sancionatoria del Estado (*ius puniendi*). A continuación se exponen los más relevantes.

En sentencia C-060 de 1994, esta Corporación analizó la figura de la reincidencia en las faltas disciplinarias contenidas en el Decreto 196 de 1971. En aquella ocasión dijo:

"En el caso sometido a estudio, se tiene que es al legislador a quien corresponde expedir los ordenamientos legales que rijan el sistema penal; en este evento, el legislador colombiano juzgó oportuno darle relieve a la reincidencia, como una forma más eficaz de desestimular conductas socialmente censurables (...). Dado que la Carta Política no contiene disposición alguna sobre la reincidencia, bien puede incluirse o no esta figura jurídica en los distintos estatutos sancionatorios, sin contrariar la Ley Suprema, pues, en esa materia, la Carta no se encuentra matriculada en ningún sistema doctrinal."

Posteriormente, en sentencia C-062 de 2005, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 63 del Decreto 522 de 1971, que establecía el aumento de la sanción por recaída en tipos contravencionales. En aquella ocasión adujo: i) la inexistencia de prohibición constitucional para su consagración legal; ii) la reincidencia no configura una sanción impuesta a la simple personalidad del agente, es decir, por la simple posibilidad de cometer una infracción; y iii) la agravación punitiva se fundamenta como una manera de prevenir a quien fue condenado por la comisión de una contravención para que no cometa otra, mas no de un doble juzgamiento por la misma conducta, que se tratan de nuevos hechos cometidos por el mismo infractor.

En sentencia C-370 de 2006, este Tribunal al analizar una norma de la Ley 975 de 2005, que establecía el compromiso que adquiriría el beneficiario de la pena alternativa durante el período de libertad a prueba consiste en “no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley”, consideró que tal disposición era inconstitucional al desconocer el valor justicia y los derechos de las víctimas de no repetición.

A continuación, en la sentencia C-425 de 2008, se declararon ajustados a la Carta los efectos de la reincidencia sobre los beneficios y subrogados penales. En esta oportunidad, la Corte consideró que la mencionada figura no desconocía el *non bis in idem*, pues su análisis no configuraba un doble juzgamiento por los mismos hechos. Además, la consagración normativa de esta institución penal, encuentra su fundamento en la libertad de configuración del Legislador (sic).

63. De lo anteriormente expuesto, se pueden identificar los siguientes rasgos identificadores de la figura de la reincidencia en general:

- i) Se trata de una causal de agravación punitiva, por lo que se ubica en la determinación de la punibilidad de la conducta, más no en el estudio de la culpabilidad.
- ii) No se realizan juicios sobre la personalidad del sujeto activo, sino que se basa en elementos objetivos y formales, como es la verificación de condena previa.
- iii) La Constitución no prohíbe al Legislador la consagración punitiva de la figura de la reincidencia, por lo que se reconoce un amplio margen de configuración normativa en la materia, con los límites que la Carta le impone.
- iv) La regulación legal de la reincidencia no desconoce el principio del *non bis in idem*, porque no se realiza un nuevo juicio de responsabilidad ni de punibilidad por un hecho que ya fue objeto de sentencia judicial, pues la valoración de la misma implica un análisis punitivo que se realiza a partir del delito actual y no del anterior que ya fue juzgado.
- v) No establece un régimen de responsabilidad objetiva, puesto que se trata de una circunstancia que agrava la pena impuesta, no de una situación que determina la culpabilidad, pues se reitera, no se realiza un juicio sobre la personalidad del autor.

Libre configuración normativa del Legislador en materia de establecimiento de normas penales y de agravantes punitivos

64. Previamente se advirtió que el derecho penal es la expresión de la política criminal del Estado, cuya definición con base en el principio democrático y en la soberanía popular

(artículos 1° y 3° C.P.), le corresponde de manera exclusiva al Legislador (sic). A su vez los artículos 114 y 150 de la Carta, le otorgan al Congreso de la República la función de “*hacer las leyes*” y de expedir y reformar los Códigos en todas las ramas de la legislación.

65. En el ámbito penal, el Legislador goza de un amplio margen para determinar el contenido concreto del derecho punitivo. De tal suerte que en ejercicio de esta competencia le corresponde determinar: i) las conductas punibles; ii) el *quantum* de las penas correspondientes; y iii) las circunstancias que las disminuyen o aumentan. En ese orden de ideas, la Corte ha establecido que:

“(…) el legislador puede entonces adoptar diversas decisiones, como las de criminalizar o despenalizar conductas, atenuar, agravar, minimizar o maximizar sanciones, regular las etapas propias del procedimiento penal, reconocer o negar beneficios procesales, establecer o no la procedencia de recursos, designar las formas de vinculación, regular las condiciones de acceso al trámite judicial de los distintos sujetos procesales, entre otros, siempre y cuando con ello no comprometa la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución.”

66. No obstante lo anterior, dichas facultades no son absolutas, pues encuentran como límites la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, lo que hace que el margen de configuración del Legislador (sic) esté sometido al contenido material de los derechos fundamentales y al de los derechos humanos consagrados en la Carta y en los instrumentos internacionales ratificados por Colombia.

Este Tribunal en sentencia C-365 de 2012, sistematizó los límites constitucionales del libre margen de configuración del Legislador en materia penal, sin pretensión de definición exhaustiva, los cuales se sintetizan a continuación:

i) *Principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio del derecho penal*: para esta Corporación, el derecho penal se enmarca dentro del principio de mínima intervención, conforme al cual el *ius puniendi* debe operar solamente cuando las demás alternativas de control han fallado. No existe obligación para el Estado de sancionar penalmente todas las conductas reprochables. Por ello “(…) la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. La jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad.”

ii) *Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*: es decir, de valores esenciales de la sociedad. El derecho penal implica una valoración social de aquellos bienes jurídicos que ameriten protección penal, las conductas reprochables que puedan lesionar tales intereses, los elementos para establecer la responsabilidad al sujeto activo y el *quantum* de la pena aplicable.

En ese orden de ideas, no existe una obligación constitucional de criminalizar determinadas conductas con la finalidad de proteger bienes jurídicos específicos. De tal suerte que “*La opción de criminalizar una conducta, en aquellos eventos en que no está constitucionalmente impuesta o excluida, implica que el legislador ha considerado que para*

la protección de cierto bien jurídico es necesario acudir a mecanismos comparativamente más disuasivos que otros que podrían emplearse, no obstante su efecto limitativo de la libertad personal. Sin embargo, en el Estado de Derecho, a esa solución sólo puede llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre que la pena resulte estrictamente necesaria.”

iii) *Principio de legalidad*: El deber de observar el principio de legalidad tiene 3 dimensiones: i) reserva de ley en sentido material, puesto que la creación de los tipos penales es una competencia exclusiva del Legislador (sic); ii) la definición de la conducta punible y su sanción de manera clara, precisa e inequívoca; y iii) la irretroactividad de las leyes penales, salvo su aplicación favorable.

iv) *Principio de culpabilidad*: Conforme al artículo 29 Superior, el derecho penal en Colombia es de acto y no de autor, lo que implica que de acuerdo con el postulado del Estado Social de Derecho y el respeto de la dignidad de la persona humana “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.*”.

v) *Principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal*: De acuerdo a (sic) los cuales deben ponderarse las finalidades de prevención y represión del delito con derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. En ese orden de ideas, la Corte ha manifestado que si bien existe un margen amplio de configuración normativa del Legislador (sic), la misma se encuentra limitada particularmente por los principios de racionalidad y proporcionalidad. En ese sentido: “*Dichas limitaciones, ha dicho la Corporación, encuentran adicional sustento en el hecho que en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención de delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. Así las cosas, la Corte ha explicado que si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales.*”.

vi) *Bloque de constitucionalidad y otras normas constitucionales*: Las cuales deben ser observadas al momento de la redacción de las normas penales, puesto que: “*Además de los límites explícitos, fijados directamente desde la Carta Política, y los implícitos, relacionados con la observancia de los valores y principios consagrados en la Carta, la actividad del Legislador (sic) está condicionada a una serie de normas y principios que, pese a no estar consagrados en la Carta, representan parámetros de constitucionalidad de obligatoria consideración, en la medida en que la propia Constitución les otorga especial fuerza jurídica por medio de las cláusulas de recepción consagradas en los artículos 93, 94, 44 y 53. Son éstas las normas que hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad.*”.

Libertad de configuración normativa en la determinación de las causales de agravación y atenuación

67. Dentro del proceso de creación de normas penales que realiza el Legislador (sic) en ejercicio de libertad de configuración normativa, uno de los aspectos más relevantes es la determinación de la pena aplicable a cada delito, puesto que dicha facultad debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Así las cosas, la dosimetría penal es un asunto librado a la definición legal, pero limitado por los principios mencionados porque: “(...) la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (CP arts. 11 y 12). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos”.

68. Lo anterior exige que el establecimiento de las penas aplicables a las conductas reprochables, deban atender a criterios objetivos tales como la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y el orden social, entre otros. En ese orden de ideas, este Tribunal ha manifestado que:

“El ámbito de control en esta sede, se reduce entonces a realizar un juicio de proporcionalidad respecto del ejercicio de la potestad de configuración del Legislador en materia punitiva. Sobre el punto, la jurisprudencia constitucional ha deducido el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso”, de los artículos 1° (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2° (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5° (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6° (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales). La Corte ha concluido entonces que “sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas”. Igualmente la Corte ha reiterado que el Legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando “se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros”.

69. En conclusión, el Legislador cuenta con un amplio margen de libertad de configuración normativa en materia penal, así como para establecer las penas, la forma de dosificarlas, sus agravantes y atenuantes. No obstante lo anterior, su facultad no es absoluta, pues encuentra límites constitucionales como son los principios de necesidad, de la exclusiva protección de bienes jurídicos, de legalidad, de culpabilidad, de razonabilidad y proporcionalidad, así como las normas constitucionales y aquellas que forman el bloque de constitucionalidad, entre otros.

El principio del *non bis in ídem* como referente material del control de constitucionalidad de normas penales. Límites a la libertad de configuración del Legislador (sic)

70. El principio del *non bis in ídem* se encuentra consagrado en el numeral 4° del artículo 29 Superior, según el cual “(...) Quien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. Este principio se conoce por la jurisprudencia de esta Corte como la prohibición de doble incriminación, la cual tiene una estrecha relación con la institución de la cosa juzgada.

71. La consagración internacional de este instrumento se encuentra en el artículo 14-7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, aprobado mediante Ley 74 de 1968, que establece *“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia en firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”*. En ese mismo sentido, el artículo 8-4 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, firmado el 22 de noviembre de 1969 y aprobado mediante la Ley 16 de 1972, según el cual *“(…) el inculpado absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”*

72. Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de marzo de 2007. Proceso No. 25629, expresó que este principio comprende los siguientes elementos:

“Una. Nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación.

“Dos. De una misma circunstancia no se pueden extraer dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración.

“Tres. Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada.

“Cuatro. Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición.

“Cinco. Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único. Se le denomina non bis in ídem material”.

73. Esta Corporación en sentencia T-537 de 2002, sostuvo que el principio del *non bis in ídem* se fundamenta en la seguridad jurídica y la justicia material, pues cualquier persona cuenta con la seguridad que las condenas definitivas y anteriores realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de nuevos debates judiciales.

74. Ahora bien, en relación con el universo de aplicación del citado principio, la Corte ha expresado que no se encuentra delimitado por las disposiciones penales, pues este forma parte del derecho al debido proceso sancionador, por tal razón se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas, es decir, a todo el universo del derecho sancionatorio.

75. De otra parte, este principio tiene la dimensión de derecho fundamental y de aplicación directa e inmediata, pues tiene como finalidad:

“(…) evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad. Por eso, éste (sic) principio no se

circunscribe a preservar la cosa juzgada sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita. De ahí que la Constitución prohíba que un individuo sea “juzgado dos veces por el mismo hecho.”

El principio non bis in ídem no es solo una prohibición dirigida a las autoridades judiciales con el fin de impedir que una persona ya juzgada y absuelta vuelva a ser investigada, juzgada y condenada por la misma conducta. También es un derecho fundamental que el legislador debe respetar. Una norma legal viola este derecho cuando permite que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por los mismos hechos. Dicha permisión puede materializarse de diferentes formas, todas contrarias a la Constitución. De tal manera que la única forma en que el legislador viola dicho principio no se contrae a la autorización grosera de que quien hubiere sido absuelto en un juicio penal puede volver a ser juzgado exactamente por la misma conducta ante otro juez nacional cuando un fiscal así lo solicite, mediante una acusación fundada en el mismo expediente. El principio non bis in ídem, por lo menos, también prohíbe al legislador permitir que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones, o juicios sucesivos, por los mismos hechos ante una misma jurisdicción.” (énfasis agregado)

76. Frente a este último aspecto, es decir, al límite que este principio le impone al Legislador (sic), esta Corporación en sentencia C-464 de 2014, expresó que el principio del *non bis in ídem* tiene dos dimensiones: i) procedimental (concepción tradicional); y, ii) material, pues contiene una garantía constitucional sustancial, de aplicación en todo el ordenamiento jurídico en el cual exista la potestad sancionatoria, de tal suerte que sirve de norma de referencia para el control de constitucionalidad que ejerce esta Corte ante “(...) errores de técnica legislativa que conducen en el plano teórico a futuras violaciones constitucionales.”.

Así, este Tribunal adujo:“(...) la violación al principio constitucional de *non bis in ídem* no solamente procede de manera práctica ante juzgamientos que derivan en sentencias definitivas, amparadas por la cosa juzgada, también puede evidenciarse y prevenirse por el máximo Tribunal Constitucional, por errores de técnica legislativa que conducen en el plano teórico a futuras violaciones constitucionales.”.

77. De otro lado, esta Corporación ha decantado los supuestos de aplicación del principio del *non bis in ídem*, los cuales deben atender a tres identidades: i) de sujeto; ii) de objeto; y, iii) de causa. Así las cosas, la Corte en sentencia C-244 de 1996 dijo:

“Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación.

“La identidad en la persona significa que el sujeto inculpatado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.

“La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.

“La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos.””

78. Conforme a lo expuesto, el *non bis in ídem* contempla tres facetas: i) es un principio que prohíbe a las autoridades judiciales que una persona ya juzgada o absuelta sea nuevamente investigada, juzgada y condenada por la misma conducta; ii) es un derecho fundamental de aplicación directa e inmediata, que evita que una persona permanezca en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad jurídica, frente a las conductas que ya fueron objeto de decisión judicial y por las cuales nuevamente se pretende ser juzgada y sancionada; y iii) como un límite al Legislador (sic), pues no puede expedir normas que desconozcan este derecho al permitir que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por el mismo hecho, es decir autorice a las autoridades que actúen de forma grosera, al volver a juzgar a una persona por la misma conducta por la cual otra autoridad ya se pronunció, con lo que se busca prevenir la violación futura de derechos fundamentales.

A continuación procede la Corte a realizar el estudio de constitucionalidad de la norma demandada.

Análisis de la constitucionalidad de la norma demandada

Recapitulación

79. La demanda que conoce la Corte en esta oportunidad cuestiona la constitucionalidad parcial del artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, en el sentido de que la pena de unidad de multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los 10 años anteriores.

El actor fundamentó el concepto de violación del único cargo admitido por la Corte, en que la norma censurada desconoce el principio del *non bis in ídem* al habilitar una doble valoración del delito cometido de forma precedente al delito sancionado con pena de multa, de tal suerte que se le juzga dos veces respecto de una conducta que ya fue objeto de pronunciamiento judicial. Por estas razones, solicita a la Corte la declaratoria de inexecutable de la disposición acusada.

Algunos de los intervinientes manifestaron que las normas demandadas deben declararse exequibles, con sustento en que: i) al Legislador (sic) le asiste libertad de configuración normativa para configurar las conductas consideradas como delitos y su forma de sanción; y ii) no concurren en este caso los tres elementos definidos por la jurisprudencia de la Corte para determinar la vulneración del principio *non bis in ídem* que son la identidad de sujeto, objeto y causa.

De otra parte, para las Universidades Javeriana y de Ibagué, la disposición acusada debe ser declarada inexecutable con fundamento en la presunta violación del principio *non bis in ídem*, puesto que el aumento de la pena de multa obedece a la valoración de conductas delictuales anteriores al delito que actualmente se juzga.

La Procuraduría General de la Nación solicitó la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada, porque: i) Existe autorización constitucional para establecer la reincidencia como causal de agravación, según la sentencia C-060 de 1994; ii) el Legislador (sic) tiene amplia facultad para establecer normas de carácter penal; y iii) la medida tiene una finalidad constitucional válida al reprochar a quien insiste en violentar el orden jurídico y la convivencia pacífica, pues se erige como una herramienta idónea para salvaguardar la seguridad y tranquilidad de la comunidad de aquellos perturbadores sociales.

Análisis del contenido jurídico de la norma demandada

80. La disposición bajo estudio de la Corte se encuentra ubicada en el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, el cual reformó el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, que regula la pena de multa en el proceso penal y las reglas para su aplicación.

Así las cosas, el numeral 1° del mencionado artículo establece las clases de multa que pueden ser impuestas en el proceso penal, la cual puede aparecer como accesoria a la pena de prisión, o en la modalidad progresiva de unidad de multa, es decir de manera principal o cuando es accesoria y el tipo penal no establece de manera expresa el monto, su dosificación se hace a través del sistema de unidad de multa. El numeral 2° contiene los grados de unidad de multa, entre los que se cuentan: primer grado, segundo grado y tercer grado. Los numerales 3°, 4°, 5°, 6°, y 7° consagran figuras como la determinación, acumulación, pago, amortización a plazos y amortización mediante trabajo, respectivamente.

81. En el numeral 2° sobre la graduación de la pena se encuentra ubicada la disposición jurídica objeto de censura, la cual establece que: *“La unidad de multa se duplicará en aquellos casos en la persona haya sido condenada por el delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores.”*, de la cual se deduce: i) se trata de un agravante de la pena de multa cuya finalidad es duplicar la unidad de multa; ii) tiene naturaleza pecuniaria; iii) su fundamento es la reincidencia del actor en delitos por los que haya sido condenado previamente a título de dolo o preterintención; y, iv) es temporal, pues solo aplica para aquellos delitos objeto de condena dentro de los 10 años anteriores al delito que actualmente se juzga.

Con fundamento en este primer acercamiento sobre el contenido de la disposición jurídica demandada, procede la Sala a formular el problema jurídico a resolver en el presente asunto.

82. Conforme al contenido de la disposición acusada y a las consideraciones generales expuestas previamente, para la Sala la norma demandada presenta los siguientes caracteres relevantes:

i) *Es una expresión de la libertad de configuración normativa del Legislador (sic)*: puesto que se trata de una norma penal que contiene un agravante de la pena de multa, en la que se duplica la unidad de multa en aquellos casos en los que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional, dentro de los 10 años anteriores.

ii) *Es de naturaleza pecuniaria*: pues tiene como finalidad duplicar la unidad multa que determina la pena de multa, de ahí que no tenga una afectación directa en el derecho fundamental a la libertad personal.

iii) *Se trata de un agravante punitivo con base en el concepto de reincidencia*: En efecto, el fundamento de la agravación de la pena de multa es la reincidencia penal del procesado. En ese orden de ideas, es claro para la Sala que en este caso, el Legislador (sic) estableció una reacción punitiva mayor para aquellas personas que han recaído nuevamente en el delito.

Esta forma de reincidencia presenta los siguientes elementos identificadores:

a) Es una reincidencia que la doctrina ha caracterizado como genérica, pues la aplicación de la sanción penal no exige un supuesto de identidad de delitos o de bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, para la Sala si bien no existe la mencionada

identidad típica, su aplicación esta limitada a dos tipos de culpabilidad penal, pues solo deberán tenerse en cuenta aquellos delitos cometidos a título de dolo o preterintención.

b) Se trata de una reincidencia impropia o *ficta*, pues para su aplicación no se exige que el procesado haya cumplido la condena impuesta previamente.

c) Está sometida al concepto de temporalidad, ya que se limita a verificar aquellas condenas producidas dentro de los 10 años anteriores a la nueva condena, por lo que no se trata de una situación imprescriptible, que impida el derecho al olvido del delincuente.

d) Es claro que para su aplicación, la sentencia anterior que contiene la condena, debe estar debidamente ejecutoriada y haber hecho tránsito a cosa juzgada.

e) Es de aplicación obligatoria por todos los jueces, una vez han concurrido los elementos normativos formales y objetivos para imposición.

iv) *El Legislador (sic) ubicó esta figura de la reincidencia en la punibilidad*: lo que significa en la práctica que su aplicación dentro del proceso penal desde el punto de vista dogmático, solo surge una vez se ha establecido que la conducta delictual actual es típica, antijurídica y culpable, es decir, la reincidencia en este caso no constituye un parámetro de análisis sobre la culpabilidad del sujeto activo, pues se reitera, su imposición, por mandato legal, aparece solo en el escenario de la punibilidad y una vez se ha realizado la dosificación de la pena de multa.

v) Conforme a lo anterior, la aplicación obligatoria de *esta causal de agravación no constituye una forma de responsabilidad objetiva*: puesto que su imposición no tiene injerencia en el juicio de culpabilidad que debe adelantar el operador jurídico penal, el cual está sometido a la valoración de la nueva conducta delictual conforme a la descripción típica contenida en la norma, esto es, la forma de la acción del sujeto activo bien por dolo, culpa o preterintención.

vi) Esta forma de reincidencia se basa en la *objetivización de una circunstancia personal actual del sujeto activo al momento de cometer el nuevo delito*: toda vez que en su verificación, no se hacen juicios subjetivos del delincuente, es decir, sobre su personalidad o la forma en que conduce su vida, sino que, el análisis realizado se fundamenta en aspectos objetivo-formales actuales, pues se reduce a la verificación de una condena previa por delito doloso o preterintencional dentro de un margen de tiempo. En consecuencia, se está frente a una circunstancia personal, objetiva y actual del delincuente, la cual es haber sido condenado previamente, y encontrarse en dicha condición al momento de reincidir en el delito.

vii) Esta forma de agravación punitiva *efectiviza los fines de prevención general y de resocialización que deben tener las sanciones penales*: en efecto, la sanción de la reincidencia y su finalidad puede enmarcarse dentro de la prevención general tanto negativa y positiva, y de manera especial la prevención especial materializada en el anhelo de resocialización del delincuente.

Frente a este último aspecto, considera la Sala necesario realizar las siguientes precisiones: una visión unidireccional de la finalidad resocializadora de la pena negaría todo objetivo de reinserción social a una sanción fundada en la reincidencia, pues *a priori* e intuitivamente

se llegaría a la conclusión relativa de que el origen mismo de la recaída en el delito es el fracaso de las medidas estatales tendientes a la rehabilitación social del delincuente. Sin embargo, esta posición argumentativa no consulta la realidad de la función resocializadora de la pena, pues la misma no impone deberes unilaterales solamente en cabeza del Estado, sino que implica una serie de obligaciones de doble vía en los que necesariamente participa el delincuente que es objeto de sanción.

Conforme a lo expuesto, la función resocializadora de la pena no se agota en los esfuerzos estatales por lograr la resocialización del delincuente, sino que también implica la participación de aquel, a través de la asunción de compromisos personales y sociales que permitan materializar su rehabilitación en la vida en sociedad, es decir, el condenado penal no es un convidado de piedra en el cumplimiento de los objetivos de la pena impuesta, pues está en la obligación de asumir una actitud activa en su proceso de rehabilitación.

Una actitud diferente por parte del sentenciado en la que prime su falta de compromiso y de obligaciones para su rehabilitación, tornaría nugatorio cualquier esfuerzo estatal para su resocialización e implicaría un costo social muy alto en términos de bienestar y convivencia pacífica, por lo que tal medida de agravación punitiva se justifica a partir del fin resocializador de la pena.

Realizadas las anteriores precisiones, procede la Corte a verificar si la disposición demandada es inconstitucional por desconocer el principio del *non bis in ídem*.

La disposición jurídica demandada contenida en el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011 no desconoce el principio de *non bis in ídem*

83. Tal y como se expuso precedentemente, el Legislador (sic) cuenta con una amplia libertad de configuración normativa en materia de derecho penal y en especial para establecer atenuantes y agravantes punitivos. Sin embargo, dicha facultad no es absoluta, pues encuentra límites constitucionales. Esta Corporación ha establecido que el principio de *non bis in ídem*, tiene una dimensión material que constituye una garantía constitucional sustancial que le impone al Legislador (sic) la obligación de no expedir normas que puedan implicar futuras violaciones de derechos fundamentales, como sería el doble juzgamiento de una persona por un mismo hecho.

84. Para verificar la violación del mencionado principio, este Tribunal ha decantado los elementos concurrentes que deben ser tenidos en cuenta para el referido el estudio, a saber:

i) *Identidad de sujeto*: esto es que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de índole penal.

ii) *Identidad de objeto*: es decir, sobre el hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal, es decir, debe existir correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.

iii) *Identidad de causa*, puesto que el motivo de inicio del proceso penal debe ser el mismo en ambos casos.

85. Al aplicar estos elementos a la norma objeto de control de constitucionalidad, encuentra la Sala que los mismos no concurren, como pasa a verse a continuación:

i) *Identidad de sujeto*: este elemento está presente en la norma objeto de estudio, en el entendido de que el procesado por el delito actual es reincidente en la comisión de delitos dolosos o preterintencionales con anterioridad.

No obstante lo anterior, *no concurren* ii) *la identidad de objeto*; ni, iii) *la identidad de causa*. En efecto, la norma demandada no prevé un doble juzgamiento de los mismos hechos, ni la promoción de la investigación penal a partir de los motivos idénticos. El supuesto de aplicación de la disposición normativa es la comisión de un hecho nuevo distinto a los que ya fueron objeto de sanción penal. De hecho, la aplicación del agravante punitivo se hace a un nuevo delito que es actual y diferente, por lo que no existe identidad en el objeto ni en la causa en los dos juzgamientos.

Lo anterior se deduce igualmente de la característica objetiva de la reincidencia contenida en la norma demandada, puesto que la verificación de la recaída en el delito para efectos de la punibilidad, se hace a partir de criterios formales que constituyen la objetivización de una circunstancia personal y actual del procesado al momento de cometer el nuevo delito, por lo que no se hace una nueva revisión de los hechos ni de las penas que ya fueron sancionadas y se encuentran amparadas por la cosa juzgada.

En este punto, reitera la Sala la jurisprudencia de esta Corporación sobre la reincidencia, que ha sido previamente analizada y que gravita en torno a: i) inexistencia de prohibición constitucional sobre su consagración penal; ii) libre configuración normativa del Legislador (sic); y iii) es una forma de agravación punitiva que se aplica a la nueva conducta, más no implica la revisión de hechos y penas sancionados previamente, ni de la personalidad, ni la forma de conducir la vida del delincuente. Aunado a lo anterior, el Legislador (sic) la ubicó en el escenario de la punibilidad.

Así, del estudio dogmático penal constitucionalizado realizado por la Sala, en el que se analizó la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad a partir de los postulados de la Carta, encuentra este Tribunal que se justifica válidamente que la figura de la reincidencia penal que en esta oportunidad estudia la Corte, sea una circunstancia de agravación de la pena de multa, es decir se ubique en el elemento dogmático de la punibilidad, puesto que así lo dispuso el Legislador, en el que no se hacen juicios sobre la responsabilidad del delincuente (culpabilidad), sino que se realiza la dosimetría de la pena que se impone al procesado, sin que la misma determine la existencia de la sanción ni del delito mismo, pues como se expuso, se trata de un elemento accidental y accesorio a la pena.

86. En resumen, la disposición jurídica no infringe el principio del *non bis in ídem* y se constituye en una medida de agravación punitiva que no se torna irrazonable, ya que la labor del juez al aplicar la norma que contiene el agravante punitivo, examina el nuevo delito, sin realizar valoraciones de la sentencia precedente que dan cuenta de la reincidencia del sujeto activo actual. Es claro que el juez penal, no realiza un nuevo juicio a los hechos precedentes, ni a la suficiencia de la pena impuesta anteriormente, pues en este caso la certeza legal está protegida por el principio de cosa juzgada. Esta situación tiene justificación constitucional, pues consulta el fin preventivo y resocializador de la pena, entendido este último como el establecimiento de obligaciones de doble vía. El medio utilizado no desconoce el principio del *non bis in ídem*, como quedó expuesto, pues la norma demandada es un agravante punitivo que no incide en la culpabilidad, ni exige verificaciones de hechos juzgados para su aplicación, de tal suerte que existe correspondencia constitucional entre el medio y el fin.

Por estas razones, la Corte declarará la exequibilidad de la norma demandada, con fundamento en el cargo por la violación del principio de *non bis in ídem*.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE, por el único cargo analizado en esta sentencia, la expresión “*La unidad multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores.*”, contenida en el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 39 de la Ley 599 de 2000 [...].

Comentario

Sobre aspectos de forma y algunas imprecisiones en el fallo.

La Corte Constitucional, al inicio de su argumentación, refiere que el problema jurídico a resolver es el siguiente:

Determinar si ¿al establecer la duplicación de la unidad de multa (agravante) por reincidencia en delitos dolosos y preterintencionales condenados dentro de los 10 años anteriores a la comisión del nuevo delito, el Legislador (sic) vulneró el principio constitucional del *non bis in ídem*, al presuntamente establecer la posibilidad de una doble sanción penal a una persona por una conducta punible juzgada y sancionada previamente?

De manera que la discusión planteada en la demanda y en las intervenciones dentro del proceso de revisión de la constitucionalidad de la norma impugnada, era la del establecimiento de la reincidencia como causal de agravación de la pena de multa y si ello representaba –o no– un doble juicio respecto de unos mismos hechos y una misma persona, y, por ende, contrariaba la Constitución Nacional que erige el *non bis in ídem* como derecho fundamental. Dispone el artículo 29.3 de la Constitución Nacional: “Quien sea sindicado tiene derecho... a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

Si esta fue la cuestión, resulta innecesario el repaso que la Corte hace a la teoría del delito, pues, para arribar a la conclusión a la que al final se llegó (la exequibilidad de la norma), resultaba suficiente afirmar que esta disposición no abre la puerta para un nuevo juicio de valor respecto de un hecho por el que la persona ya fue condenada, en tanto que se trata de unos nuevos hechos y de una nueva causa, siendo sí, la misma persona, pero por una situación de hecho diferente a la que originó la primera condena. En este sentido, es claro que la disposición que establece un incremento de la pena por la reincidencia del sujeto, no desconoce el principio del *non bis in ídem* por tratarse de hechos distintos y en diferente causa.

En efecto, nótese como la disposición establece un aumento de la sanción penal –en este caso, la multa– cuando la persona que se va a sentenciar por un delito ya ha sido condenada por otros hechos y en otra causa, de manera que el ciudadano no resulta juzgado dos veces por los mismos hechos. Sin embargo, el análisis de

toda la estructura dogmática del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y pena), que se justifica por cuanto de la misma –se indica– depende la solución del problema de la reincidencia como causal de agravación en un nuevo delito, es un asunto que –desde la forma– no encuentra lugar en el fallo materia de análisis, dado que esta argumentación se justifica desde el inicio por su utilidad para solucionar el problema jurídico planteado, pero, al final, la cuestión se resuelve por una vía argumentativa diferente a aquella por la que transcurre el proveído, esto es, estableciendo si hay una infracción al *non bis in idem* o no. Basta recordar lo afirmado por la Corte Constitucional, para entender lo dicho: “...el análisis de constitucionalidad está condicionado al lugar de ubicación de la reincidencia en cualquiera de los elementos de la dogmática penal...”.

Pese a realizar un extenso análisis sobre las categorías del delito, no se encuentra una argumentación en la postura de la Corte Constitucional en punto de la ubicación de la reincidencia dentro de la estructura del delito y cómo afecta ello la constitucionalidad del precepto, asunto con el que se justifica todo este extenso análisis, despachando la problemática –conclusión esta sin mayor explicación– al afirmar que es algo susceptible de debatirse en sede de punibilidad, sin un sustento para encontrar esta afirmación como correcta o para desechar las demás alternativas, esto es, si la reincidencia es un asunto de tipicidad, de antijuridicidad o de culpabilidad. En efecto, afirma la Corte Constitucional, sin argumentación alguna que:

[...]encuentra este Tribunal que se justifica válidamente que la figura de la reincidencia penal que en esta oportunidad estudia la Corte, sea una circunstancia de agravación de la pena de multa, es decir se ubique en el elemento dogmático de la punibilidad, puesto que así lo dispuso el Legislador....

Así, desde el punto de vista formal, el debate planteado de si la reincidencia – como criterio de agravación de la sanción– vulnera o no el principio del *non bis in idem*, permitía alcanzar la misma solución a la que se llegó, en teoría correcta, en punto de esta exclusiva discusión, pero el análisis hecho al inicio del fallo, respecto de todos los elementos dogmáticos del delito, no tuvo incidencia alguna en la conclusión, lo que representa un defecto argumentativo y demuestra que era innecesario. Sin perjuicio de que lo expuesto representa de suyo un defecto argumentativo, la realidad es que la fundamentación realizada adolece de graves defectos teóricos por la falencia ya mencionada que, por fortuna, no tuvieron incidencia en la conclusión, pero que no por ello deben pasar inadvertidos:

De un lado, señalar que la tipicidad se agota principalmente en elementos objetivos, cuando es evidente que, en la legislación penal colombiana, encontramos un tipo complejo conformado por aspectos objetivos, que son los indicados en el fallo, y subjetivos como el dolo, la culpa y la preterintención (Agudelo, 2004). En el fallo, de manera errónea, se habla de un tipo sobre todo objetivo que permite la concurrencia de ingredientes subjetivos; en efecto, señala la Corte Constitucional en la sentencia materia de análisis: “tipo penal, conformado por elementos que definen

la tipicidad de una conducta punible, los cuales son: los sujetos (activo y pasivo), el objeto, la conducta en si (sic) misma y los ingredientes normativos y subjetivos, así como la consagración de la pena...”.

De otro lado, incluir la imputación subjetiva dentro de la antijuridicidad por la vía del desvalor de acción (“el desvalor de la acción con fundamento en el conocimiento de los hechos típicos dolosos o de la infracción al deber de cuidado en los delitos culposos”), lo que genera el “injusto típico” y de la culpabilidad por la vía de señalar que el dolo, la culpa o la preterintención forman parte de esta categoría dogmática

[...]la culpabilidad permite graduar la imposición de la pena de manera proporcional, puesto que el análisis no se agota en la verificación del dolo, la culpa o la preterintención, sino que además, debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto...

Está visto que, en el Código Penal colombiano, el injusto penal (que la Corte Constitucional confunde con la antijuridicidad, que es apenas uno de sus componentes) está conformado por el desvalor de resultado, elemento fundante de la antijuridicidad material, y por el desvalor de acto como elemento acompañante, cuya ubicación dogmática está a nivel del tipo penal (Gómez, 2000, pp. 73 y ss.).

La reincidencia como causal de agravación frente al principio del acto.

Definida y caracterizada la reincidencia como lo realiza la Corte Constitucional (es “[...] una recaída en el delito, por parte de quien ya había sido condenado penalmente con anterioridad, lo cual genera una reacción social y jurídica en términos punitivos, pues agrava la pena del nuevo delito...”), lo pertinente es determinar si la misma es admisible en el derecho penal colombiano. En el fallo materia de análisis, ello se responde de manera afirmativa, para indicar que no desconoce el principio constitucional del *non bis in idem*:

La norma demandada no prevé un doble juzgamiento de los mismos hechos, ni la promoción de la investigación penal a partir de los motivos idénticos. El supuesto de aplicación de la disposición normativa es la comisión de un hecho nuevo distinto a los que ya fueron objeto de sanción penal. De hecho, la aplicación del agravante punitivo se hace a un nuevo delito que es actual y diferente, por lo que no existe identidad en el objeto ni en la causa en los dos juzgamientos.

Como de forma acertada lo resuelve la Corte Constitucional, el establecer una agravante por cuenta de una condena previa por otro delito no desconoce la garantía fundamental a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho, dado que el principio del *non bis in idem* impide el que una persona sea juzgada dos veces por un mismo hecho, por lo cual sus elementos son la identidad de sujeto (el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de índole penal), la identidad de objeto (correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza) y la identidad de causa (el motivo de inicio del proceso penal debe ser el mismo en ambos casos) (Corte Constitucional, Sentencias

C-365 de 2012; C-244 de 1996 y T-537 de 2002 y Corte Suprema de Justicia, Sentencia 25.629 de 2007). Como puede observarse, dentro de la problemática que aborda el proveído materia de estudio, el establecer una agravante punitiva por una condena previa en otro proceso, por otros hechos, no permite afirmar la identidad fáctica, elemento que conforma el principio del *non bis in idem*, razón por la cual la solución que se da es acertada en punto de esta controversia.

Sin embargo, el derecho penal colombiano dio un viraje radical a partir de la reforma de 1980, en tanto que desde entonces se asume el principio del acto –denominado por Ferrajoli (2001, p. 481) de exterioridad de la acción–, para superar el positivismo que inspiraba el ordenamiento penal del año 1936; por ello, “no se sanciona al individuo porque sea peligroso, sino exclusivamente en cuanto es culpable...en cuanto ha realizado un comportamiento socialmente reprochable, producto de una voluntad que no ha debido ser...” (Ruiz, 1980, p. 50). En virtud de este postulado filosófico, que inspira la legislación penal, la persona solo será responsable por sus actos que son los únicos que pueden ser juzgados a la luz de la legislación penal; en otras palabras, se responde por lo que se hace no por lo que se es (Velásquez, 2009, p. 102). Es más, según la propia Corte Constitucional:

El Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos” (Sentencia C-387 de 2014; igual en las Sentencias C-239 de 1997; C-179 de 2007 y C-365 de 2012).

De esta manera lo que se juzga no es una forma de ser, ni de pensar, sino la realización externa de actos (“el comportamiento que le importa al derecho penal es el que trasciende a la sociedad con efectos dañinos para los bienes jurídicos [...]” (Salazar, 2016, p. 99), son estos actos los que serán materia de juzgamiento y, de forma eventual, de condena (Ferrajoli, 2001, p. 484). La ley penal, entonces, de conformidad con el principio del acto, no juzga personas, sino actos (Bernal, 2002, p. 81). Entender al derecho penal como uno de acto significa que

[...]el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanción (Corte Constitucional, Sentencia C-365 de 2002).

Al ocuparse de este postulado, la jurisprudencia constitucional señala que “el legislador penal sólo puede sancionar conductas humanas exteriorizadas y no sentimientos, actitudes internas o, incluso, modos de vida (Sentencia C-636 de 2009)”. A la par, la doctrina nacional indica que solo se puede castigar al ciudadano “por lo efectivamente realizado y no por lo pensado” (Velásquez, 2009, p. 102). De con-

formidad con este principio, solo puede imponerse una pena a quien comete un injusto con culpabilidad (Bernal, 2002, p. 81), elementos que determinan la modalidad y cantidad de la sanción a aplicar (arts. 7º y 61.3 CP) y, en tanto que se juzga un hecho y no una persona, no se permite el incremento de la pena por la reincidencia (Velásquez, 2009, p. 104). En fin, señala la Corte Constitucional que un derecho penal de acto

[...] supone la adscripción de la conducta al autor, en cuanto precisa, además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto dirigida a la observancia específica de la misma. Sólo puede ser considerado como autor de un hecho, aquél a quien pueda imputársele una relación causal entre su decisión, la acción y el resultado. El principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto. Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad (Sentencias C-239 de 1997; C-179 de 2007 y C-365 de 2012).

Este principio, se encuentra contenido en el art. 29 de la Constitución y es reiterado en el Código Penal, en varias disposiciones, como lo son el art. 6º “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa...”, el art. 9º cuando afirma que el delito es una “conducta típica...”, el art. 12 que indica que “sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad”, el art. 15 según el cual “la ley penal colombiana se aplicará a la persona que cometa la conducta punible...”, los artículos referidos a la imputación subjetiva en cuya virtud “[l]a conducta es dolosa, culposa o preterintencional...” (art. 21), “[l]a conducta es dolosa cuando el agente...” (art. 22), “[l]a conducta es culposa cuando...” (art. 23) y “[l]a conducta es preterintencional cuando...” (art. 24), el art. 25 señala que “[l]a conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión...”, el art. 26 refiere que “[l]a conducta punible se considera...” y el art. 31 dispone: “[e]l que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja...”, entre otras.

De igual forma, este principio aparece en la normativa procesal penal vigente (Ley 906 de 2004), donde se establece que “nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos...” (art. 6º); “[e]l Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito...” (art. 66); “...corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito...” (art. 200); y “...para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente...Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes...” (art. 288).

De manera que la legislación nacional acoge el principio del acto y el derecho penal es de acto, en contraposición al derecho penal de autor que en algún momento rigió. Se reitera que, en virtud de ello, se juzgan actos externos y no personas ni actitudes ni pensamientos, por lo cual el injusto y la culpabilidad son los elementos determinantes a la hora de imponer una sanción (Corte Constitucional, Sentencias C-239 de 1997; C-179 de 2007 y C-365 de 2012).

Para un derecho penal de acto es claro, entonces, que la reincidencia en tanto que no guarda relación con el hecho cometido con base en el cual se justifica y determina el monto la sanción a imponer, no puede ser tenida en cuenta como causal de agravación de la pena, por lo que esta norma resulta contraria a uno de los principios fundamentales del derecho penal nacional y tenía que ser declarada inexecutable.

El principio del acto como límite a la libertad de configuración del legislador penal.

Es cierto que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, asunto que ha sido reiterado por la Corte Constitucional (Sentencias C-646 de 2001; C-226 de 2002; C-1080 de 2002; C-853 de 2009; C-334 de 2013; C-013 de 1997 y C-540 de 2012), quien ha señalado que este margen de configuración no es absoluto (Sentencias C-420 de 2002; C-148 de 2005; C-475 de 2005; C-1033 de 2006; C-365 de 2012 y C-334 de 2013) y que está limitado por la Constitución Política y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, indicando (sentencias C-420 de 2002; C-936 de 2010; C-241 de 2012; C-365 de 2012; C-742 de 2012 y C-334 de 2013) que son criterios específicos que deben observarse al momento de elaborar normas de contenido penal: (i) el principio de necesidad, (ii) el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, (iii) el deber de observar la estricta legalidad, (iv) el principio de culpabilidad, (v) el deber de garantizar los derechos constitucionales y la aplicación de los convenios internacionales de derechos humanos y (vi) el deber de respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad (Sentencia C-387 de 2014). Sobre el principio de culpabilidad ha dicho esa misma corporación:

[...]El Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos (Corte Constitucional, Sentencias C-239 de 1997; C-179 de 2007 y C-365 de 2012).

De esta manera, los principios constitucionales de culpabilidad y del acto representan límites a esa libertad de configuración del legislador penal y, en virtud de ello, los antecedentes criminales del infractor –su modo de vida o su forma de pensar– no deben ser tenidos en cuenta para imponer ni para agravar una pena

en el momento en que se cometa un nuevo delito, asuntos que deben establecerse atendiendo, de manera exclusiva, al hecho cometido. Así las cosas, pese a que el principio del acto entendido como límite a la libertad de configuración de la legislación penal, ha sido reconocido de forma amplia por la jurisprudencia constitucional y el mismo es reiterado en el fallo analizado, la Corte toma una decisión que lo contraría de forma abierta: permitir que asuntos no relacionados con el hecho cometido sean tenidos en cuenta para agravar la sanción penal.

Por ello, el aval del Tribunal Constitucional a este tipo de prácticas por parte del legislador que desconocen el carácter liberal del sistema penal, permite que la valoración de los antecedentes penales del infractor con los fines de incrementar la sanción o negar la procedencia de cualquier beneficio, se convierta en una práctica común en el sistema penal colombiano como se muestra a continuación.

En cuanto a la reincidencia como causal para agravar la sanción aplicable al caso concreto, se encuentra que desde el diseño original del CP la existencia de antecedentes penales es una causal genérica para imponer una pena superior a la que correspondería a quien carece de ellos, como lo establecen los artículos 55 y 58 de esta normatividad. La procedencia de la reparación como circunstancia de atenuación de la pena en los delitos contra el patrimonio económico se niega cuando el agente tuviere antecedentes penales (art. 268 C.P.) y la pena para el delito de contrabando (art. 319.3) se aumenta cuando el agente fuere reincidente.

En relación con la reincidencia como criterio para determinar la procedencia de beneficios o subrogados penales, el CP establece que no procede la suspensión condicional de la pena cuando el agente cuente con antecedentes penales (art. 63.2 y 63.3), asunto que fue encontrado acorde a la Carta Política por la Corte Constitucional (Sentencia C-194 de 2005). Igualmente, el artículo 68A establece que

[...] no se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

En materia procesal, la existencia de antecedentes penales es uno de los argumentos para inferir que el imputado representa un peligro para la comunidad (art. 310.4 CPP), por lo que resulta procedente la detención preventiva y es uno de los argumentos que el juez debe tener en cuenta a la hora de determinar la sanción aplicable al caso concreto (art. 447 CPP).

De manera que, si bien la Constitución Nacional y la interpretación que de la misma ha dado la Corte Constitucional acogen el principio del acto, la realidad es que el mismo se desconoce de manera reiterada en normas que contemplan la reincidencia como causal de agravación de la pena o para la improcedencia de beneficios penales, sin que ello haya sido materia de rechazo por el Tribunal Constitucional.

Conclusiones

Este extenso pronunciamiento cuenta con deficiencias de forma, dado que la Corte Constitucional señala que, en orden a resolver el problema jurídico, es necesario determinar el concepto, las funciones y las clases de reincidencia, para, con posterioridad, analizar su ubicación dentro de las categorías del delito y determinar así la constitucionalidad o no de la norma cuestionada. Ello da pie a una extensa argumentación que en nada se relaciona con el debate planteado, mismo que la Corte Constitucional resuelve sin tener en cuenta estas cuestiones, pues señala que la norma acusada no es contraria al principio del *non bis in idem*.

Así las cosas, el fallo es errado también en el fondo, pues, si bien se reconoce que uno de los límites a la potestad de configuración del legislador penal es el principio del acto, encuentra ajustada a la carta la norma demandada que de forma abierta lo desconoce al establecer un incremento de la pena de multa cuando la persona es reincidente. De esta manera, si bien es cierto que esta disposición no contraría el principio constitucional del *non bis in idem*, sí atenta con toda claridad contra la Constitución cuando desconoce el principio del acto y, por ende, debió ser declarada inexecutable.

Referencias

- Agudelo, N. (2004). *La defensa putativa en el nuevo Código Penal*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, G. (2002). *Las normas rectoras en el Nuevo Código Penal Colombiano*. Bogotá, D. C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Gómez, C. A. (2000). *Constitución, Derechos Fundamentales y Dogmática Penal*. Bogotá, D. C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ruiz, S. *Teoría del hecho punible*. (1980). Bogotá, D.C.: Ediciones Librería del Profesional.
- Salazar, M. *Acción e imputación. Principio y concepto de culpabilidad. Escuela dialéctica del derecho penal*. (2016). Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Sentencia C-244 (1996, mayo 30). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional.
- Sentencia C-013 (1997, enero 23). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional.
- Sentencia C-239 (1997, mayo 20). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional.

- Sentencia C- 646 (2001, junio 20). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional.
- Sentencia T-537 (2002, julio 15). Acción de Tutela. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional.
- Sentencia C-226 (2002, abril 2). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional
- Sentencia C-420 (2002, mayo 28). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional
- Sentencia C-1080 (2002, diciembre 5). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional
- Sentencia C-148 (2005, febrero 22). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional
- Sentencia C-194 (2005, marzo 2). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional
- Sentencia C-475 (2005, mayo 10). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional
- Sentencia C-1033 (2006, marzo 5). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional
- Sentencia C-179 (2007, marzo 14). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional
- Sentencia C-853 (2009, noviembre 25). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Iván Palacio Cano. Corte Constitucional
- Sentencia C-936 (2010, noviembre 23). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional
- Sentencia C-241 (2012, marzo 22). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional
- Sentencia C-365 (2012, mayo 16). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional
- Sentencia C-540 (2012, julio 12). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Iván Palacio Cano. Corte Constitucional
- Sentencia C-742 (2012, septiembre 26). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional
- Sentencia C-334 (2013, junio 13). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional

Sentencia C-387 (2014, junio 25). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Iván Palacio Cano. Corte Constitucional

Sentencia 25.629 (2007, marzo 26). Casación. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General* (4 ed.). Medellín: Comlibros.

IV

Reseñas y recensiones

Díez-Ripollés, J. L. (2015). *Delitos y Penas en España*. Madrid: Los Libros de la Catarata. 222 p.

Al coincidir, y no de casualidad, con las conmemoraciones llevadas a cabo en diversos países para recordar la aparición en forma anónima, en 1764, del libro “De los Delitos y de las Penas” escrito por Cesare Beccaria, el catedrático español José Luis Díez Ripollés ha publicado un texto destinado al examen de los “Delitos y Penas en España”, que recoge múltiples publicaciones suyas aparecidas a lo largo de más de veinte años en diversos periódicos regionales y nacionales, en revistas y hasta en libros colectivos, que él ha tenido el cuidado siempre de ubicar y actualizar con un párrafo inicial al comienzo de cada pasaje.

El título no podía ser el más adecuado, porque a lo largo de nueve capítulos –este expositor y gran pensador, quien ha incursionado con gran éxito en los terrenos de la dogmática penal, la criminología y la política criminal, desde su cátedra en la Universidad de Málaga–, se ocupa de problemáticas tan actuales como las siguientes: la racionalidad de la política criminal; los datos de la criminalidad; la gestión de los castigos; la difícil disposición de la vida propia; el asedio a la libertad sexual; el saqueo del territorio; la lucha contra las drogas que, con sobrada razón, y como gran experto, entiende como la contumacia en el error; los disidentes, extraños y marginados; y, en fin, los futuros ciudadanos problemáticos.

Por eso, este combatiente de las ideas, defensor a ultranza de un derecho penal liberal y de garantías (cuyos principios reivindica una y otra vez), comienza por abordar y cuestionar el sistema de penas anticuado, injusto e ineficiente, existente en su país, que solo piensa en la pena de prisión y echa de menos una verdad que es irrefutable cuando se tienen claros los fines de la pena y del derecho penal: una justicia rápida y segura, es mucho más eficaz que una justicia dura (p. 67). Pena por antonomasia que, repárese, se impone de manera inhumana, degradante, desproporcionada y draconiana (pp. 14, 25, 43, 49, 68, 90, 98, 103, 106, 110, 113 y ss. y 143).

Y, de la mano de lo anterior, muestra como el populismo punitivo ronda por doquier: “el Código Penal se ha convertido, en manos de nuestros agentes políticos, en un formidable instrumento de propaganda, con el que se encubren políticas defectuosas de cualquier signo mediante una desmedida explotación de emociones colectivas” (p. 10). De ahí que las reformas penales contemporáneas en España aparezcan lejos, muy lejos, de la política criminal

ilustrada y, cuando se habla de la ‘modernización’ del derecho penal, ello solo se hace para legitimar el autoritarismo, el expansionismo y el conservadurismo (p. 43), sin que falte en tan explosivo coctel la cotidiana recurrencia a un derecho penal simbólico, cuyo verdadero riesgo “no es el injustificado uso que realiza del Código Penal, sino el de que, tarde o temprano, termina aplicándose” (p. 194).

También, al hilo de estas reflexiones, Díez Ripollés dice –y lo repite– que el derecho penal no se debe aplicar solo a los sectores sociales más desfavorecidos sino a los poderosos, porque si algo debe estar claro es que no se pueden criminalizar los conflictos sociales (pp. 47 y 70), para convertirlo en agente de moralización social o como herramienta polivalente de reparación de emergencias sociales (pp. 47 y 48); así sucede cuando, a título de ejemplo, se criminaliza en exceso la violencia doméstica o el derecho penal se torna en agente promotor de buenas costumbres; incluso, cuando se castiga la conducta de fomentar aparcaderos ilegales (p. 205).

Protesta, además, porque cada vez que se presenta un cambio político se hacen revisiones profundas al Código Penal, siempre para endurecer las penas y pisotear a los más débiles. Añade, porque entiende que uno de los talones de Aquiles del aberrante sistema penal existente es la carencia de administradores de justicia auténticos que compongan los conflictos, que es necesario transformar el sistema de promoción de jueces y magistrados con base en criterios objetivos basados en los méritos y las capacidades (p. 34), pues es indispensable que la Administración de Justicia esté gobernada por buenas técnicas gerenciales y de gestión.

Por ello, propone para esos cargos a “aquellas personas que mostraran, entre otros rasgos, la coherencia analítica, estabilidad emocional, empatía y resistencia a la presión” (p. 33); por supuesto, con esos puntos de partida se dice que en el seno de las sociedades globalizadas e integradas supranacionalmente, no es posible que las decisiones judiciales se equiparen a las políticas (p. 22) y que, como hoy sucede, se observe una marcada politización de los órganos de dirección del poder judicial. A ello se suma el hecho de que se ponen en escena reformas penales que restringen el arbitrio judicial en casos concretos (p. 42) y los jueces “se convierten en secretarios judiciales [...] de los políticos” (p. 42).

Y, en ese contexto, muestra como el papel de los medios de comunicación –casi siempre dispuestos a distorsionar las cifras en materia de criminalidad (p. 97)– se ha vuelto nefasto para la lucha contra la criminalidad y la construcción de políticas criminales racionales, porque la delincuencia es objeto de una continua y destacada atracción mediática cuando no se cae en manos del sensacionalismo (p. 15); por ello, reafirma una tesis recurrente a lo largo del texto cuando se aborda esta materia: “repetir ahora la necesidad de que los medios realicen un tratamiento ponderado y proporcionado de los sucesos criminales”, y de que “procuren trascender las reacciones más primarias frente al delito así como las soluciones más simplistas, puede parecer trasnochado”, pero ello debe hacerse sobre todo ahora que ellos “casi han monopolizado el discurso político-criminal” (p. 69). Rechaza, pues, la llamada justicia mediática (pp. 69 y ss.).

Igual de vehemente es esta proclama cuando devela que los jueces ajustan sus decisiones a las demandas de esos medios de comunicación social y ya no son poseedores de un conocimiento experto (p. 46). Además, cuando indica que también se legisla pensando siempre en los grupos de víctimas y sin discutir las propuestas de reformas (p. 15) con la consecutiva expansión de la reacción penal. Así mismo, se afianzan los colectivos de víctimas cuyo objetivo no es la prevención de los delitos sino recuperar un equilibrio emocional perdido o la satisfacción de los deseos de venganza (p. 52), pues las víctimas se apoderan del conflicto y desplazan al Estado (p. 53), de tal manera que se logra un proceso penal contaminado por la autotutela y la autocomposición (p. 53). Dicho de otra forma: los intereses de las víctimas se ponen por encima de los públicos (p. 53), porque se olvida algo elemental: “el derecho penal no está, aunque pueda parecer sorprendente, para restaurar la justicia en la tierra, algo que, por lo demás, está fuera de su alcance” (p. 71).

Por ello, afirma, la política criminal puesta en escena es paradigma del oportunismo (p. 13) y está “incardinada a ensoñaciones” de las que sacan provecho “políticos poco escrupulosos” (pp. 12-13), hasta tornarla en un instrumento populista (p. 40). Y advierte con severidad: “una política criminal que pretenda ser eficaz a medio y largo plazo en la lucha contra la delincuencia” debe “ser capaz de romper con visiones alicortas, cuando no electoreristas, que cifran su éxito exclusivamente en la eficacia policial y el encierro de los delincuentes” (p. 62).

El Código Penal, pues, está en manos de los políticos, es un instrumento de propaganda que encubre políticas defectuosas mediante la desmedida explotación de emociones colectivas (p. 10). Por eso mismo, destaca las falacias de la inseguridad ciudadana (p. 100) y advierte sobre el profundo arraigo de la demagogia tanto en el legislador –ávido de expedir legislaciones coyunturales (p. 79)– como en el ejecutivo en materias penales, conforme lo demuestran ciertos casos emblemáticos que son utilizados con esos fines (p. 45) los cuales evidencian, además, que el derecho penal es instrumento de captación de votos (p. 46).

Otra de las problemáticas que se pasea a lo largo y ancho del libro es la atinente a las políticas en materia de drogas prohibidas oportunidad en la cual, luego de mostrar que ese derecho pisotea el garantismo (p. 79), porque es de emergencia y de excepción (pp. 161-162, 181, 187), clama por un verdadero control de drogas (pp. 156 y ss., 168). Es que, no cabe duda, las políticas criminales represivas en esta materia han mostrado su más rotundo fracaso (pp. 164-165), porque si ellas quieren ser razonables tienen que poner énfasis en la prevención de la demanda (pp. 166 y 182); dicho en palabras de este expositor: “la actual política represiva no es otra cosa que una cruzada moral, en la que la autoridad se ha atribuido el derecho a decidir lo que el ciudadano adulto debe o no consumir, y en la que los médicos, con sus ornamentos científicos, ofician como sacerdotes” (p. 179). Por ello, señala que la única política coherente es la opción despenalizadora (pp. 187 y ss.).

Al ocuparse del derecho penal diseñado para los inmigrantes, explica que es ilusorio pretender que quien no tiene medios de subsistencia no delinca (p. 68),

máxime si se echan de menos los nexos existentes entre este tema y la política (p. 196). Incluso, después de poner de presente que la sociedad española no acepta convivir en un entorno tolerante hacia diversas pautas de comportamiento sexual, hace marcado hincapié –como un muy reputado experto en la materia que es, en atención a que ella fue objeto de múltiples investigaciones al confeccionar su tesis doctoral– en la necesidad de que el derecho penal sexual no sea regresivo (pp. 125 y ss.), que el Código Penal no se torne en garante de las buenas costumbres sexuales y de la moral colectiva (pp. 130 y 133) y, añádase, que sea la gravedad de los atentados el criterio dosificador de la pena imponible a estos delitos, como corresponde a un derecho penal orientado por el principio de lesividad.

En fin, quien lea este apasionante libro encontrará como el profesor Díez-Ripollés aborda siempre desde una perspectiva crítica problemáticas tan sensibles como el derecho penal urbanístico (pp. 145 y ss.), la eutanasia (pp. 113 y ss.), el derecho penal de menores (p. 216), el terrorismo (p. 218), la insumisión al servicio militar (p. 212), el aborto (p. 210), el delito de negación de hechos históricos (p. 201), la criminalización de actitudes intelectuales (p. 202), la ingeniería genética y el derecho penal (pp. 89 y 156) y el cáncer de la corrupción (p. 152). Tampoco escapan de su reflexión asuntos procesales cuando enseña como en ese contexto se diseñan juicios rápidos y se da aplicación al principio de oportunidad (p. 49).

Ese es, pues, el estado dramático de los delitos y de las penas en un país como España, que un pensador de esta época, quien escribe cuando han transcurrido 250 años del discurso beccariano, muestra de forma dramática, para señalar que –así el modelo de Estado sea otro y las problemáticas sociales difieran de las de entonces– urgen grandes transformaciones, porque hasta ahora el asunto se ha manejado con paños de agua tibia, mientras el autoritarismo y el expansionismo penal campean. Estas consideraciones, huelga decirlo, son perfectamente aplicables –hechas las matizaciones correspondientes– en países como el nuestro y en el contexto de Latinoamérica toda, donde se podría escribir una historia similar de los delitos y de las penas, pero llena de los horrores cotidianos, los mismos que nos recuerdan lo lejos que estamos de llevar a la realidad los postulados por los que tanto abogó el pensamiento penal ilustrado.

Este trabajo, pues, ha sido confeccionado por un gran teórico que nos recuerda como los excesos en la utilización del derecho penal se pagan, así como también sucede, añadimos, con las exuberancias al no usarlo; el derecho penal, entonces, dice el catedrático hispano, ha dejado de ser la última herramienta de la cual dispone la sociedad para mantener el orden social, porque él –recuerda– “como la lechuza de Minerva, levanta el vuelo solo al atardecer” (p. 204). En fin, tal vez sea mejor señalar con Goethe, en su Fausto y por boca de Mefistófeles, que “Toda teoría es gris, caro amigo, y verde el árbol de oro de la vida”.

Fernando Velásquez Velásquez.

Corcoy, M. (Dir.). (2015). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (T. I. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. 2 ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

El presente escrito se ocupa del primer tomo (segunda edición) del Manual de Derecho Penal. Parte Especial, elaborado por el equipo de investigación de la Universidad de Barcelona, integrado por Mirentxu Corcoy (Directora), Juan Sebastián Vera (Coordinador) Carolina Bolea, Sergi Cardenal, José Ignacio Gallego, Víctor Gómez, Dulce Santana, Silvia Fernández, David Carpio, Celia Díaz, Vicente Valiente y Carlos Castellvi. Mientras que, el segundo libro, de reciente publicación, se dedica a desarrollar los delitos socioeconómicos (derecho penal de la empresa y de los negocios), el primero (objeto de la presente reseña) aborda el resto de figuras punibles del Código Penal español.

La obra (puesta al día con las Leyes Orgánicas 1 y 2 de 2015) se publica con el propósito de ser un instrumento de trabajo para todos aquellos que se acercan al estudio y aplicación de la Parte especial (estudiantes, jueces, fiscales, abogados, etc.). Además de coadyuvar la labor docente a la que aporta un material de trabajo de alta calidad, ajustado al escaso número de créditos que tiene asignada la Parte especial en la mayoría de programas de pregrado. Claro está, el nivel de la obra también la convierte en un insumo indispensable (de obligatoria consulta) para los alumnos de los cursos de especialización y de maestría.

El trabajo se divide en dieciocho temas que agrupan un conjunto de delitos teniendo en cuenta su estructura, similitudes y el bien jurídico protegido, así: (01) contra la vida humana independiente; (02) contra la vida humana en formación; (03) contra la salud individual; (04) contra la libertad; (05) contra la integridad moral; (06) delitos de violencia de género y doméstica; (07) contra la libertad e indemnidad sexual; (08) contra la intimidad; (09) contra el honor; (10) contra las relaciones familiares; (11) contra los deberes de solidaridad; (12) delitos de falsedades; (13) contra bienes jurídicos patrimoniales de apoderamiento; (14) contra bienes jurídicos patrimoniales defraudatorios; (15) contra la seguridad; (16) contra las administraciones públicas; (17) contra la administración de justicia; y, por último, (18) contra el orden público. Como puede observarse, la distribución elegida no siempre sigue el orden (Títulos y Capítulos) del Código Penal español. Adicional a ello, algunos de los temas fueron confeccionados en función de su relevancia criminológica (cultural y sociológica); por ejemplo, el número 06 (delitos de violencia de género y doméstica).

La composición interna de cada uno de los temas se divide, a su vez, en cuatro secciones. En el literal A) *Legislación*, se recopila (sin pretensión de exhaustividad) la normatividad extra-penal esencial para la aplicación práctica de los delitos. En el literal B) *Bibliografía*, se recoge la doctrina especializada (la mayoría, de habla española). En el literal C) *Estructuras típicas*, se presenta el contenido conceptual y problemático de las figuras (bien jurídico, naturaleza, objeto material, concursos, etc.). Y, por último, en el literal D) *Caso solucionado*, se estudia un supuesto de

hecho particular (de origen jurisprudencial) a la luz de diversas alternativas conceptuales. El “Manual” también cuenta con su propia lista general de referencias (bibliografía general), dos prólogos (de 2011 y 2015) y un índice de abreviaturas.

La obra (de 780 páginas) goza de tres virtudes que la diferencian de otros manuales de su tipo. En primer lugar, en temas álgidos (en donde la doctrina discute de manera profusa), no se ofrece una solución única; antes bien, se destaca la importancia del problema y, acto seguido, se exponen las diversas posiciones (para lo cual utiliza las abreviaturas: “doc.may.”, para la doctrina mayoritaria, y “doc.min.”, para la posición minoritaria). En segundo lugar, los autores sustentan sus reflexiones al acudir *in extenso* a la jurisprudencia de los tribunales Supremo y Constitucional españoles. De esta manera, el lector puede ubicarse con facilidad en las líneas jurisprudenciales. Por último, la sección *D) Caso solucionado*, facilita la apropiación de los conocimientos estudiados a partir de diversos roles (acusación, defensa, etc.).

En definitiva, el libro presenta todas las características de un buen “Manual de Parte especial”: es profundo, pero sintético; teórico y al mismo tiempo práctico; completo y equilibrado. Se destaca, también, por su uniformidad y armonía, rasgos difíciles de obtener en una obra colectiva.

No obstante, al reconocer el arduo trabajo realizado por sus autores, conviene señalar dos aspectos que se pueden mejorar en futuras ediciones. Por una parte, hacen falta las transcripciones de las disposiciones jurídicas aplicables. Aunque si bien en nuestra época (digital) es casi imposible no contar con un Código Penal ‘a la mano’, poder consultar el texto normativo a la par de la doctrina facilita la lectura de los novatos y de los estudiosos de otras latitudes. Por otra parte, en algunos apartados (por ejemplo, en el *Tema 13*, Delitos contra bienes jurídicos patrimoniales de apoderamiento, o en el *Tema 3*, Delitos contra la salud individual), se podría profundizar en el contenido y alcance del bien jurídico protegido (pauta fundamental para la construcción de la Parte especial).

Juan David Jaramillo Restrepo.

V

Entrevista

PROFESOR DOCTOR MANUEL DA COSTA ANDRADE

Márcio Ricardo Ferreira*

Formación académica y profesional

La idea de entrevistar al profesor Manuel da Costa Andrade me generó alegría y preocupación. La primera, por tratarse de uno de los penalistas más calificados del mundo quien, además de un gran amigo, fue mi orientador de máster en una de las universidades más antiguas del continente europeo. La visión dialéctica del profesor lusitano sobre el sistema de justicia criminal despertó inquietudes filosóficas muy importantes en mí y me permitió percibir el maravilloso mundo existente en la periferia del sistema penal.

La segunda, porque mi participación en la *Revista Cuadernos de Derecho Penal* no sería en la confortable condición de lector, sino con la dura misión de producir un contenido del nivel del entrevistado y de los lectores de la revista, pero que, de no ser precisamente por eso, me hubiera hecho declinar el desafío.

Con tal ánimo, antes de ocuparme de la biografía académica del maestro portugués, me parece oportuno dedicar algunas líneas a una de las más antiguas universidades del viejo mundo, donde el catedrático de Derecho desempeña una de las profesiones más bellas del hombre: la de profesor.

Al firmar el documento "*Scientiae Thesaurus Mirabilis*", el Rey D. Dinis creaba la universidad más importante de Portugal y una de las más prestigiosas del mundo. En 1290, este documento originó el Estudio General, que fue reconocido en el mismo año por el Papa Nicolau IV. Un siglo después del nacimiento de la nación portuguesa, nacía la Universidad de Coimbra que comenzó a funcionar en la ciudad de Lisboa y que, en 1537, se instaló de manera definitiva en la ciudad del Río Mondego (disponible en: <http://www.uc.pt/sobrenos/historia>). Con más de siete siglos, la Universidad de Coimbra es patrimonio mundial de la UNESCO. En este

* Posgraduado en derecho penal y criminología por la Universidade Federal do Paraná y por el Instituto de Criminologia e Política Criminal, Curitiba/Pr; Posgraduado en Derecho penal y proceso penal por la Universidad de Buenos Aires; Magíster en Ciencias jurídico criminales por la Universidade de Coimbra; Oficial judicial del Juzgado Especial Criminal de la Comarca de Curitiba; Profesor universitario de Derecho Penal y Procesal Penal de la Faculdade Nacional de Educação e Ensino Superior do Paraná.

escenario de gran riqueza cultural, el profesor catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, Doctor Manuel da Costa Andrade, se convirtió en uno de los penalistas actuales más respetados en el espacio europeo.

Según la información alojada en el Instituto Eduardo Correa de la Universidad de Coimbra, nació en 1944, en Carcão –Bragança– Portugal, inició su brillante carrera académica en 1965, cuando recibió el premio al mejor alumno del Liceu de Portugal; después, se licenció en Derecho por la Universidad de Coimbra, donde hizo su doctorado en Ciencias Jurídico-criminales con la tesis *Consentimiento y Acuerdo en Derecho Penal: contribución para la fundamentación de un paradigma dualista*. Gracias a una beca, realizó su investigación predoctoral en el *Deutscher Akademischer Austauschdienst* (DAAD), después en el *Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht*, en Freiburg, en Alemania. Fue profesor en la Universidad Autónoma de Lisboa, la Universidad Internacional de Figueira da Foz, la Universidad Portucalense y la Universidad Lusíada (Porto).

En 1975 fue elegido diputado de la Asamblea Constituyente y, con posterioridad, de la Asamblea de la República hasta el año de 1995; ambos cargos le permitieron participar activamente de los proyectos legislativos de la época. Formó parte de la comisión de elaboración de la Constitución portuguesa y de las reformas de 1982, 1989 y 1992 y es uno de los autores de los Códigos Penal de 1982 y de Proceso Penal de 1987; además, tuvo un papel clave en la renovación de la legislación penal y procesal penal portuguesa cuando formó parte de las comisiones del Ministerio de la Justicia.

El jurista lusitano realizó trabajos de investigación en los campos del derecho penal, el proceso penal, la criminología y el derecho constitucional. En la actualidad, es miembro de los institutos de Derecho Penal Económico y Europeo de la Universidad de Coimbra, Eduardo Correa, Jurídico de la Comunicación y de Derecho Bancario, de la Bolsa y de los Seguros. Además de su intervención en la vida política y de su actividad académica, es miembro del Consejo Superior de la Magistratura y fué condecorado por el presidente de la República en 2009, con la *Comenda de la Orden del Infante D. Henrique*.

En el ámbito del Consejo de Europa hizo parte del *Comité Restreint d'Experts sur la Victime dans le Cadre de la Politique Criminelle et Sociale* y el *Comité Restreint d'Experts sur l'Exploitation Sexuelle, la Pornographie, la Prostitution, ainsi que le Trafic d'Enfants et de jeunes Adultes*. También en el ámbito del Consejo Europeo, integró la delegación portuguesa a las *Conférences de Recherches Criminologiques sobre Comportements et Attitudes Sexuelles et leurs Implications sur le Droit Pénal* (1982); sobre *Recherches Sur la Victimisation* (1984); y sobre *Interactions au Sein du Système de Justice Pénale* (1986).

El profesor Da Costa Andrade es autor o coautor de diversas obras, entre las que destacan: *Sobre las prohibiciones de la prueba en el Proceso Penal*; *Derechos de la Personalidad y su Tutela*. Vol. I; *El hombre delincuente y la sociedad criminógena*; *Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. I; *Consen-*

timiento y acuerdo en el Derecho Penal: contribución para una fundamentación de un concepto dualista; Derecho penal médico: SIDA: tests arbitrarios, confidencialidad y secreto; Libertad de empresa e inviolabilidad personal: una perspectiva jurídico-criminal; Sobre la valoración, como medio de prueba en el proceso penal, las grabaciones producidas por particulares; Consentimiento en derecho penal médico: el consentimiento presumido; El principio constitucional “*Nullum Crimen Sine Lege*” y la analogía en el campo de las causas de justificación; por citar algunas.

C.D.P. Tras su participación en la redacción del proyecto del Código Penal Portugués en 1982, cuéntenos, por favor, ¿qué le parece la legislación penal portuguesa actual?

Profesor COSTA ANDRADE: En el plano estrictamente positivo, el derecho penal portugués se distribuye por el Código Penal –de 1982, pero con numerosas y más o menos significativas alteraciones– y por una extensa legislación extravagante. El Código Penal persiste como el repositorio del derecho penal clásico, privilegiadamente preordenado a la tutela de los bienes jurídicos fundamentales de la persona y de la comunidad, en la línea del Estado de Derecho liberal. Por el contrario, la legislación extravagante busca dar respuestas a las exigencias coyunturales, confrontantes y más expuestas al cambio, al ritmo de la alternancia dictada por el juego democrático del Estado Social, en dominios como el derecho penal económico, el ambiente, el mercado de valores mobiliarios, tributario, etc.

En el plano de la *Law in Books*, el derecho penal portugués vigente se muestra muy bien alineado con la tradición y los valores del iluminismo y el ideario de la sociedad democrática, plural y secularizada. Es un derecho penal por completo orientado a la tutela de bienes jurídicos, alejado de cosmovisiones religiosas, moralistas o ideológicas y respetuoso, más allá de eso, de principios basilares como los de libertad, igualdad, proporcionalidad, culpa, humanidad, *ultima ratio*, etc.

El cuadro es, importa reconocerlo, diferente del lado de la *Law in Action*. Lo que vale sobre todo para las comprometedoras lagunas del lado de la igualdad: como en general ocurre, también en Portugal la justicia criminal persiste como un campo de desigualdad. Y esto a pesar de todas las proclamaciones en sentido contrario y de la aguda conciencia colectiva en el sentido de reivindicar un tratamiento igual para todos: tanto de los ricos y poderosos (criminales de *White Collar Crime*) como del ciudadano común.

El mismo juicio crítico y negativo podría dirigirse a la experiencia carcelaria: pese a todos los progresos registrados, la vida en el interior de las prisiones está lejos de corresponder a patrones consonantes con la dignidad de que todo el recluso puede legítimamente reivindicarse.

C.D.P. Para Usted, que sigue de cerca el derecho penal alemán, ¿por qué cree que Alemania tiene un papel tan relevante en la producción del derecho penal a nivel mundial?

Profesor COSTA ANDRADE: Es un hecho que Alemania representa el más reconocido y decisivo centro de reflexión y de creación doctrinal penal, ejerciendo una influencia reconocida en la mayor parte del globo. Ello vale sobremanera para zonas destacadas de Asia, América Latina y Europa, donde el derecho penal es leído según la gramática dogmática alemana, lo cual es evidente en la categorización basilar (acción, tipo, ilicitud, culpa y punibilidad) de la que Liszt y Beling iniciaron un primer dibujo. No es desconocido que los grandes movimientos de la dogmática germánica desencadenan réplicas en casi todo el mundo: así fue con el positivismo de Liszt y Beling; el normativismo neokantiano de Mezger, el finalismo de Welzel, el pensamiento teleológico-racional de Roxin y el funcionalismo de Jakobs.

Esto se debe, seguramente, a la cantidad y calidad de las universidades alemanas, al horizonte cultural y filosófico de la experiencia germánica, al carácter laborioso con que son preparadas las reformas, la calidad de la jurisprudencia (en particular la del Tribunal Federal y del Tribunal Constitucional), la oportunidad de competir con la más depurada investigación y teorización universitaria.

Lo anterior no significa, sin embargo, menospreciar la doctrina de otros muchos países, pues también en ellos se hacen contribuciones relevantes para el patrimonio común que también son reconocidos y celebrados por los autores alemanes. Es lo que del lado portugués podemos ilustrar con la doctrina y las soluciones legales en cuestión de culpa y de error.

En la interpretación y explicación del éxito de la doctrina penal alemana, hay que tener en cuenta dos aspectos decisivos: por un lado, su rigor científico y sistemático, lo cual le ha permitido difundirse a nivel internacional y entre varias culturas. Por el otro, la justicia de sus soluciones práctico-jurídicas que coincide, en general, con los resultados a que con facilidad llegaría el buen criterio del hombre medio presupuestado por el derecho. Lo que como es natural solo puede aumentar su interés en el contexto de experiencias jurídicas tan distantes como las de tantos países europeos, asiáticos y suramericanos.

C.D.P. La reintegración social o resocialización tuvo un papel modesto a lo largo de la historia, pero, en la actualidad, alcanza un nivel que se corresponde con los avances en materia de derechos humanos; la misma, sin embargo, no ha logrado concretarse en el Estado colombiano. ¿Cómo evalúa el sistema de resocialización en los países de Europa y, concretamente, en Portugal? Y, al hilo de esto, ¿de qué forma podría beneficiar a la sociedad Colombiana y, por supuesto, al propio condenado?

Profesor COSTA ANDRADE: Como pensamiento capaz de legitimar y dar sentido a la pena, no creo que haya alternativa al ideario de la resocialización. Adicionalmente, como en general se reconoce –sobre todo, tras la sobresaliente decisión del Tribunal Constitucional de los años setenta, relativa al asesinato de los militares de Lebach–, corresponde hoy a un indeclinable imperativo constitucional, derivado de las implicaciones del Estado social y afincado en la dignidad del recluso, en tanto se trata de un derecho del ciudadano y una obligación del Estado.

Significa que el Estado es el llamado a ofrecerle oportunidades de resocialización al condenado, si bien no las puede imponer coercitivamente. El Estado no puede vanagloriarse de sus programas de resocialización, no puede doblegar al condenado y forzarlo a cambiar su pensamiento o convertirse a los valores del orden jurídico-criminal; en el mismo sentido, el condenado, en tanto persona libre, tampoco puede escudarse siempre en su incontrolable derecho a la diferencia.

Y esto debe ser así, pese a los modestos resultados alcanzados y aunque le asista razón a la desencantada proclama de Martinson, según la cual, en cuestión de resocialización, *nothing works!*, o, aun sabiendo que la respuesta institucional al crimen –con sus lastres de estigma, distancia social y despojamiento de la dignidad– sigue proyectando de manera drástica sus efectos (de) socializadores. No obstante, habrá de proseguirse; aunque sea necesario comenzar de nuevo una y otra vez.

C.D.P. Usted publicó un libro de gran valor académico intitulado *Libertad de prensa e Inviolabilidad personal: una perspectiva jurídico-criminal*. ¿Cuál es su opinión sobre la influencia de la prensa sensacionalista en la imagen del sospechoso en el proceso penal?

Profesor COSTA ANDRADE: Radicada en el ideario de libertad individual de pensamiento y expresión, la libertad de prensa constituye un irrenunciable derecho fundamental de las personas y, al mismo tiempo, una institución insustituible de la sociedad democrática, que, sin embargo, no puede reconocerse como objeto de una tutela absoluta, a costa del sacrificio general e indiscriminado de los demás derechos (honor, privacidad, imagen, palabra, autodeterminación informacional) e instituciones democráticas, pues, en el Estado de Derecho, solo la dignidad de la persona goza de reconocimiento y tutela absolutos. En caso de conflicto, es forzoso encontrar formas equilibradas para superarlo, incluso, si ello implica la restricción de alguno de los valores enfrentados.

El crimen constituye un escenario muy atractivo para los medios; estos últimos son determinantes para el descubrimiento de los delitos, sobre todo los de corrupción, pero deben proceder con respeto por la presunción de inocencia y sin la pretensión de sustituir un *due trial by court* por un ilegítimo *trial by newspaper*. En el polo opuesto, tras la condena y una vez que el responsable ha cumplido la pena y expiado su culpa, la prensa no puede prolongar indefinidamente ese estigma y frustrar la resocialización.

C.D.P. En la actualidad se advierte una marcada preocupación por la eficiencia, por combatir los enemigos sociales, el terrorismo y el crimen organizado. ¿De qué forma evalúa esas construcciones normativistas exasperadas?

Profesor COSTA ANDRADE: El jurista y, en concreto, el penalista, no puede dejar de estar atento a la realidad política y sociológica que lo rodea. No puede cerrar los ojos a los desafíos de las formas más drásticas y brutales de criminalidad y, en especial, a las manifestaciones más monstruosas de terrorismo internacional. Que, más allá de su nocividad social, expresada en el número incontable de

víctimas –en su mayoría inocentes– que provocan, amenazan los cimientos y los fundamentos de la civilización y del Estado de Derecho, conquistado a costa de tanta sangre y sacrificio. Así, la lucha contra estas manifestaciones exasperadas de criminalidad es legítima e indispensable tanto en el plano sustantivo (en punto de las penas) como en el adjetivo (recurso a medios más invasivos de investigación, intervención de telecomunicaciones, uso de agentes encubiertos, intromisiones en los sistemas informáticos).

La intolerancia absoluta de la tortura y la preservación de garantías como el *nemo tenetur se ipsum accusare*, van de la mano de reconocer a todo delincuente su condición de persona y, en sentido contrario, obligan a rechazar sin tergiversaciones el llamado derecho penal del enemigo. Una de las tareas de los juristas actuales es, precisamente, la salvaguarda intransigente del legado penal y procesal penal del iluminismo. Proceder de otra forma sería ofertar la victoria a los enemigos.

C.D.P. La delincuencia juvenil propone un desafío de grandes proporciones. Desde su punto de vista, ¿cuál sería la clave para desarrollar e implementar una política criminal más eficiente frente a ese problema?

Profesor COSTA ANDRADE: La delincuencia juvenil constituye uno de los desafíos más preocupantes con que la justicia y la sociedad en general se ven confrontadas. Más allá de su nocividad actual, ella preocupa por su potencial de amenaza y de peligro que sugiere para el futuro. Pero, más allá de señalar un profundo y posiblemente irremediable fracaso de las sociedades contemporáneas y de sus instrumentos de control y socialización, y sin desconocer los problemas ni cerrar los ojos a la realidad, importa advertir sobre los peligros del sometimiento generalizado de los menores a los sistemas tradicionales de reacción criminal. Y, en particular, los riesgos asociados a la experiencia carcelaria, juntamente, con delincentes adultos.

Se sabe que la prisión puede, en estos casos, funcionar como una escuela de crimen: aprendizaje de técnicas de comisión, de motivaciones, de racionalizaciones y valoraciones sub o contraculturales. Y, en el extremo, la adopción de una identidad y una carrera de *deviance*. En respuesta al comportamiento desviado de los jóvenes deben, por eso, privilegiarse soluciones educativas –educación para la responsabilidad, en derecho y la sociedad– y socioeconómicas –formación profesional, oferta de empleo y alargamiento de las oportunidades legítimas–. Tal vez debería cuestionarse la oportunidad de una nueva política criminal, en la línea de la *new frontier* desarrollada, en su momento, por la Administración Kennedy en los Estados Unidos de América.

Estos son, en síntesis, los valores que debe sacrificar el derecho penal y los principios que debe obedecer la justicia criminal. No me cabe, naturalmente, pronunciarme sobre su aplicación en países como Colombia. Tarea que solo podrá ser legítimamente emprendida por quien conozca el terreno y la realidad y esté comprometido en ella.

C.D.P. ¿Usted se considera un funcionalista convicto?

Profesor COSTA ANDRADE: Todo depende de qué se entiende por funcionalismo. En mi opinión, debe rechazarse de forma terminante y combatirse el funcionalismo entendido como doctrina y praxis que llevan a la instrumentalización del hombre al servicio de credos, de proyectos o de trascendentes e hipostasiadas realidades supraindividuales. Y, como tal, con sacrificio intolerable de la dignidad de la persona y de su autonomía. Como dijo un filósofo de la Universidad de Coimbra (Baptista Pereira), ayer como hoy “la persona debe persistir como reserva de soledad de cara a las totalidades sistémicas”.

Será diferente si, con Roxin, encaramos el funcionalismo como una comprensión de las categorías dogmáticas de análisis y construcción de la infracción criminal. Es decir, como un pensamiento teleológico-racional, orientado a determinar el contenido y la extensión de los conceptos basilares de la doctrina penal –particularmente, la acción, el tipo, la ilicitud, la culpa y la punibilidad– a partir de su función político criminal. En esa misma medida, han de abandonarse las tentativas de comprenderlas a partir de criterios naturalísticos o de estructuras ontológicas.

Se trata de modelar categorías dogmáticas –al fin de cuentas, meros artefactos o creaciones culturales del hombre– a partir de su función político criminal, interpretando, por ejemplo, la culpabilidad a partir de la tutela de la dignidad de la persona; la tipicidad a partir de la protección de la libertad y seguridad, etc. En este sentido, me reivindicó de la planilla funcionalista.

C.D.P. En materia penal, ¿cuáles son sus ambiciones? ¿Qué la falta por hacer?

Profesor COSTA ANDRADE: La labor científica es una tarea siempre inacabada. En la carrera académica recibimos el patrimonio de nuestros maestros y buscamos entregarlo, enriquecido y actualizado, a los nuestros discípulos. Como diría Broglie, es como el alpinista que, al aproximarse a la cumbre, verifica, con sorpresa y espanto, que frente a él se levanta otra y más alta montaña. Y todo se restablece.

En este preciso momento, mi mayor preocupación científica es la de esclarecer en qué medida puede preservarse el legado del derecho penal de raíz iluminista de cara a las nuevas fronteras y desafíos que traen el progreso tecnológico (medios electrónicos de práctica del crimen y de su investigación, neurociencias, investigaciones genéticas), la globalización, la masificación de los medios ocultos de investigación, la privatización de la justicia criminal, la amenaza del terrorismo, entre otros.

C.D.P. Teniendo en cuenta que Usted recibe alumnos e investigadores provenientes de América Latina, díganos, por favor, ¿cómo evalúa el derecho penal latinoamericano?

Profesor COSTA ANDRADE: Tengo, efectivamente, el privilegio de trabajar con un número ya incontable de investigadores provenientes de América Latina, y particularmente de Brasil. Tanto en cursos de máster y doctorado como en

diferentes proyectos o líneas de investigación. Hoy son incontables los antiguos alumnos brasileños que obtuvieron conmigo el grado de maestro. También cuento ya con un número significativo de doctores brasileños orientados por mí.

Mi experiencia con los estudiosos brasileños es altamente positiva. En general, los estudiantes brasileños se revelan técnica y culturalmente bien preparados; se empeñan en su trabajo, son asiduos en los tiempos lectivos, están predispuestos a cuestionar y problematizar y son cumplidores de las tareas que asumen. Esto lo confirman los resultados que obtienen cuando presentan pruebas y enfrentan a los jurados. No obstante, su número significativo está lejos de constituir una muestra adecuada para adelantar un juicio sobre la preparación del estudioso brasileño en general; carezco, en verdad, de medios que me permitan concluir si los estudiantes que nos visitan son verdaderamente representativos o si, por el contrario, corresponden a élites más o menos privilegiadas.

En nombre de la Revista Cuadernos de Derecho Penal y del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, agradecemos el tiempo dedicado a esta entrevista que, seguro, le permitirá a los estudiosos del derecho penal en Latinoamérica y, específicamente, en Colombia, conocer un poco más sobre Usted y su importante obra.

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

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.

Recepción de artículos

La recepción del artículo se efectúa de forma digital, por medio del correo electrónico: 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 Director, como 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) Si fuere producto de un proyecto de investigación, se debe indicar el nombre del proyecto del cual proviene el escrito y la entidad que lo financia.
- d) Resumen que no exceda las 120 palabras pero que abarque el contenido del artículo y su correspondiente traducción al inglés (*abstract*).

Al final de los resúmenes, tanto en español como en inglés, deben ir las diez palabras claves, 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 publica-

ción, los textos se someterán a evaluación preliminar del Comité Editorial y Científico, y posteriormente, a dos *par ciego*.

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), preferentemente 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

- Entendiendo la trata de seres humanos. A propósito de las legislaciones española, colombiana y peruana. *Angélica María Castro Acosta.*
- La mediación penal como programa de justicia restaurativa en el procedimiento penal colombiano. *Andrea Catalina Lobo Romero.*
- El derecho a impugnar la sentencia. *Luis Javier Moreno Ortiz.*
- Las ilicitudes probatorias en materia penal. *Emma Calderón Arias.*
- La apreciación técnico científica del peritaje psicológico en los delitos contra la integridad y la formación sexuales de los menores de edad. *Juan José Cantillo Pushaina.*

JURISPRUDENCIA

- La reincidencia como circunstancia agravante de la pena: análisis de la sentencia C-181 de trece de abril de 2016. *Francisco Bernate Ochoa.*

RESEÑAS Y RECENSIONES

- Díez-Ripollés, J. L. (2015). *Delitos y Penas en España.* Madrid: Los Libros de la Catarata. *Fernando Velásquez Velásquez.*
- Corcoy, M. (Dr.) (2015). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (T. I. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. 2 ed.). *Juan David Jaramillo Restrepo.*

ENTREVISTA

- Profesor Manoel Da Costa Andrade. *Márcio Ricardo Ferreira.*



Universidad Sergio Arboleda

Calle 74 # 14-14. Información: (571) 325 8181 - 325 7500 ext. 2131. Bogotá, D.C.
Carrera 58 # 68 - 91. Tels.: (575) 368 9417 - 368 8189. Barrio El Prado. Barranquilla.

Calle 18 # 14 A - 18. Tels.: (575) 434 6444 - 420 3838. Santa Marta.

Línea gratuita: 01-8000 110414.

www.usergioarboleda.edu.co