

EJEMPLAR DEDICADO A LA MEMORIA DEL PROFESOR  
DOCTOR CARLOS ALBERTO JARAMILLO RESTREPO

# cdp

## Cuadernos de Derecho Penal



**DERECHO PENAL  
Y MECANISMOS DE CONTROL SOCIAL**

**17**



**UNIVERSIDAD  
SERGIO ARBOLEDA**

**Escuela de Derecho**

Departamento de Derecho Penal

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



**Profesor Dr. Carlos Alberto Jaramillo Restrepo**  
(27 de marzo de 1950 - 11 de marzo de 2017)



# cdp

## Cuadernos de Derecho Penal

# 17

(enero-junio de 2017)

### DERECHO PENAL Y MECANISMOS DE CONTROL SOCIAL

**Editor:**

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

**Coordinador editorial:**

RENATO VARGAS LOZANO.

**Asistente editorial:**

INGRID BIBIANA MUÑETONES ROZO.

**Presentación**

*Fernando Velásquez Velásquez y Renato Vargas Lozano.*

**Doctrina**

- Derecho y guerra: dos enseñanzas. *Juan-Luis Gómez Colomer.*
- La lucha antiterrorista a través de la prisión indefinida. Los casos español y alemán. *Margarita Roig Torres.*
- La participación de las víctimas y el principio de igualdad de armas. *María Isabel Santos Ramos.*
- Los límites a la aplicación del principio de oportunidad y los beneficios punitivos otorgados a las FARC-EP. *Katalina Gaitán Torres.*
- El decomiso de bienes de tercero en España y Colombia. *José Felipe Cuero Solís.*

**Documentos**

- El momento axiológico en la creación del tipo y su trascendencia en los actos de legislar y de aplicar la ley en materia penal. *Carlos Alberto Jaramillo Restrepo.*

**Jurisprudencia**

- La congruencia en el sistema acusatorio. Análisis de las decisiones con radicados 43837, de 25 de mayo de 2016, y 41905, de agosto 3 de 2016, de la Corte Suprema de Justicia. *Carlos Roberto Solórzano Garavito.*

**Reseñas y recensiones**

- Quintero, G. (2017). *Pequeña historia penal de España.* Madrid: Iustel, *Fernando Velásquez Velásquez.*
- Vargas, Á. y Vargas, R. (Comps.) (2017). *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito.* Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, *Kevin Iván Giraldo Ramos.*

**Entrevista**

- Profesor Doctor José Luis Díez-Ripollés. *Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.*



UNIVERSIDAD  
SERGIO ARBOLEDA

# cdp

## Cuadernos de Derecho Penal

# 17

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA  
CUADERNOS DE DERECHO PENAL No. 17

#### EDITOR

Prof. Fernando Velásquez Velásquez  
Doctor en Derecho y Ciencias Políticas

#### COORDINADOR EDITORIAL

Renato Vargas Lozano

#### ASISTENTE EDITORIAL

Ingrid Bibiana Muñetones Rozo

#### COMITÉ EDITORIAL/CIENTÍFICO

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

#### CONSEJO ASESOR

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

#### CORRECTOR DE ESTILO

Prof. Fernando Velásquez Velásquez  
Doctor en Derecho y Ciencias Políticas

#### DIAGRAMACIÓN Y DISEÑO CARÁTULA

Maruja Esther Flórez Jiménez

#### IMAGEN DE PORTADA

Fotolia.com

Fecha de edición: enero-junio de 2017

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

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda. Carrera 15 No. 74-40

Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131. [www.usa.edu.co](http://www.usa.edu.co) Fax: 3177529

Correo: [cuadernos.der.penal@usa.edu.co](mailto:cuadernos.der.penal@usa.edu.co)

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

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

## Contenido

I. Presentación.....	9
II. Doctrina	
Derecho y Guerra: dos enseñanzas <i>Juan-Luis Gómez Colomer</i> .....	15
La lucha antiterrorista a través de la prisión indefinida. Los casos español y alemán <i>Margarita Roig Torres</i> .....	35
La participación de las víctimas y el principio de igualdad de armas <i>María Isabel Santos Ramos</i> .....	67
Los límites a la aplicación del principio de oportunidad y los beneficios punitivos otorgados a las FARC-EP <i>Katalina Gaitán Torres</i> .....	101
El decomiso de bienes de tercero en España y Colombia <i>José Felipe Cuero Solís</i> .....	131
III. Documentos	
El momento axiológico en la creación del tipo y su trascendencia en los actos de legislar y de aplicar la ley en materia penal <i>Carlos Alberto Jaramillo Restrepo</i> .....	163
IV. Jurisprudencia	
La congruencia en el sistema acusatorio. Análisis de las decisiones con radicados 43837, de 25 de mayo de 2016, y 41905, de agosto 3 de 2016, de la Corte Suprema de Justicia. <i>Carlos Roberto Solórzano Garavito</i> .....	183
V. Reseñas y reseñaciones	
Quintero, G. (2017). <i>Pequeña historia penal de España</i> . Madrid: Iustel. <i>Fernando Velásquez Velásquez</i> .....	211
Vargas, Á. y Vargas, R. (Comps.) (2017). <i>El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito</i> . Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. <i>Kevin Iván Giraldo Ramos</i> .....	213
VI. Entrevista	
Profesor Doctor José Luis Díez-Ripollés <i>Ingrid Bibiana Muñetones Rozo</i> .....	219



**I**

# **Presentación**





El equipo editorial de *Cuadernos de Derecho Penal* pone a disposición del público su número 17. En esta oportunidad la Revista contiene cinco secciones, de tal forma que, a sus habituales cuatro acápites de Doctrina, Jurisprudencia, Reseñas y recensiones y Entrevista, se une, si bien de modo excepcional y como ya se hiciera con ocasión del número 12, un espacio denominado Documentos cuyo contenido y justificación se explican un poco más adelante.

El apartado destinado a la Doctrina lo componen cinco artículos: el primero, llamado *Derecho y guerra: dos enseñanzas*, se corresponde con la ponencia presentada por el profesor de la Universidad Jaume I de Castellón, Juan-Luis Gómez Colomer, en el Instituto Cervantes de Berlín, a propósito de una Jornada sobre 'Ciencias y Guerra'. En el texto, el autor se ocupa de la legitimación jurídica de la guerra y su regulación, al tiempo que señala, a partir de su evolución, los avances de la misma, sin perder de vista los retos que ese andamiaje jurídico enfrenta de cara a nuevas realidades que, como el terrorismo o la inmigración, lo someten a una constante revisión.

El segundo artículo, intitulado *La lucha antiterrorista a través de la prisión indefinida. Los casos español y alemán*, fue escrito por la profesora de la Universidad de Valencia, Margarita Roig Torres. Allí, la autora se ocupa de analizar la reforma producida al ordenamiento jurídico español mediante la Ley Orgánica (LO) 1 de 2015, que introdujo la prisión perpetua revisable al Código Penal ibérico; sin embargo, los requisitos previstos a tales efectos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos así como por el ordenamiento comparado, en concreto, el alemán, al que se presta especial atención en el escrito, no son atendidos, y, conforme explica Roig Torres, la regulación española en esta materia arroja serias dudas sobre su constitucionalidad.

En tercer lugar, se incorpora el artículo *La participación de las víctimas y el principio de igualdad de armas*, confeccionado por la maestra María Isabel Santos Ramos. En su trabajo, ella reflexiona sobre los derechos de los cuales es titular la víctima en el marco del proceso penal, cuyo espectro ha sido delineado por la vía de las reformas legislativas sobre el particular y, también, por la interpretación jurisprudencial; la autora pone en relación el conjunto de prerrogativas aludidas con los principios que rigen los sistemas acusatorios y, en particular, el relativo a la llamada igualdad de armas, construido a partir de la idea de un proceso entre partes iguales. En tal contexto, advierte sobre el desbalance hoy existente en este punto y que favorece a la víctima, por lo cual propone lograr –o, quizás mejor, recuperarse ese equilibrio.

En cuarto lugar, se incluye el estudio designado como *Los límites a la aplicación del principio de oportunidad y los beneficios punitivos otorgados a las FARC-EP*, de autoría de la maestra Katalina Gaitán Torres, quien, tras ocuparse de hacer una reflexión juiciosa sobre los orígenes y los alcances del principio de oportunidad, analiza, en un tono bastante crítico, la posibilidad de aplicarlo en el contexto del acuerdo alcanzado con las FARC-EP. A tales efectos, tiene en cuenta la restricción general que existe para emplearlo en supuestos en los cuales se investiguen y juz-

guen hechos constitutivos de crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario.

Para concluir esta sección, aparece, en quinto lugar, el texto llamado *El decomiso de bienes de tercero en España y Colombia*, firmado por el maestro José Felipe Cuero Solís. El autor realiza un análisis comparado que tiene como marco de referencia la política encaminada a la persecución de activos ilícitos en las legislaciones española y colombiana, con especial atención a las figuras del decomiso y la acción de extinción de dominio, resaltando las dificultades de orden teórico, legislativo y práctico que las mismas conllevan, al tiempo que propone algunas ideas para superarlas.

Conforme se adelantó al inicio, este número incluye la sección llamada Documentos. Esta vez, su inclusión responde al deseo de abrir un espacio especial al escrito del abogado penalista y profesor antioqueño Carlos Alberto Jaramillo Restrepo, titulado *El momento axiológico en la creación del tipo y su trascendencia en los actos de legislar y de aplicar la ley en materia penal*. El texto, preparado por él con ocasión de su incorporación a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, se ocupa del proceso de creación de los tipos penales y, en particular, del llamado momento axiológico, cuya importancia resalta a efectos de racionalizar el ejercicio del *ius puniendi*, al tiempo que llama la atención sobre la tendencia expansiva e irracional –tanto en la creación como en la aplicación de las normas– que se advierte en la legislación penal colombiana.

El documento reviste un valor especial, porque, en clave académica, constituye la síntesis de la reflexión –madura y ponderada– de Jaramillo Restrepo sobre un tema de evidente actualidad y que ocupó buena parte de sus preocupaciones universitarias y, en perspectiva histórica, en la medida en que es su último escrito conocido. Con su publicación queremos honrar la memoria de este brillante jurista, abogado en ejercicio y reputado académico, fallecido el mes de marzo del presente año 2017, quien, además, fue profesor de nuestra Especialización en Derecho Penal.

Esa contribución apareció de forma original en el número 356 del mes de agosto de 2014, de la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia; en tal virtud es pertinente, además de hacer la referencia señalada a la fuente, extender nuestro sentimiento de gratitud al Dr. Fernando Mayorga García, director de la Revista de la aludida corporación, quien con gran generosidad autorizó su publicación. Asimismo, nuestras sentidas gracias para la jurista Margarita Mena de Quevedo, coordinadora del Capítulo Seccional de Medellín de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, y al distinguido profesor Álvaro Vargas, miembro correspondiente de este último, quienes avalaron esta iniciativa.

De otro lado, en el apartado dedicado a la Jurisprudencia, se incorpora un análisis de la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte, radicado No. 43837 de 25 de mayo de 2016, en el que se discuten los efectos de la petición de absolución hecha por la Fiscalía durante su intervención en el juicio oral –en punto de lo cual,

por cierto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia advierte sobre un cambio importante en su posición– y la posibilidad de que, frente a este hecho, se admita que la víctima apele dicha decisión o los límites que tendría la eventual intervención del juez de segunda instancia en un caso como ese. Este comentario lo hace el Prof. Carlos Roberto Solórzano Garavito.

En esta oportunidad, el espacio destinado a las reseñas y a las recensiones se dedica a dos libros de reciente aparición: *Pequeña historia penal de España*, de autoría del profesor español G. Quintero Olivares, corre por cuenta del director de la Revista; a su turno, *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*, un tema de palpitante actualidad, confeccionado por un número plural de especialistas colombianos, españoles y brasileños, cuya coordinación estuvo a cargo del profesor Álvaro Vargas y el del suscrito Renato Vargas Lozano, lo realiza nuestro asistente académico Kevin Iván Giraldo Ramos.

Para concluir el presente número, el espacio propio de la Entrevista se reserva al profesor doctor José Luis Díez-Ripollés, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Málaga, España, quien tiene grandes nexos con nuestro país y cuya notable producción académica ha abierto muy importantes senderos de discusión.

Una vez más, agradecemos a los lectores por su fidelidad; a los autores por habernos elegido para publicar sus contribuciones; a nuestro entrevistado por decirse a compartir sus vivencias; a los pares por sus exámenes juiciosos de los trabajos; a los miembros de los Comités y del Consejo asesor por su respaldo irrestricto; y, por supuesto, a nuestra institución editora y, en especial, a su señor rector, el Dr. Rodrigo Noguera Calderón, por su apoyo incondicional a este proyecto.

*Fernando Velásquez Velásquez y Renato Vargas Lozano*  
Editor y Coordinador Editorial.



# II

## Doctrina



# DERECHO Y GUERRA: DOS ENSEÑANZAS\*

## LAW AND WAR: TWO TEACHINGS

*Juan-Luis Gómez Colomer\*\**

### Resumen

Este trabajo aborda el problema, siempre complejo, de la legitimación jurídica de la guerra y del régimen que ha de regir a los combatientes tras la finalización de las hostilidades respectivas. Así mismo, se ocupa de la toma de conciencia de la comunidad internacional sobre la humanización de las hostilidades y su consecuente regulación, al igual que de su aplicación a las confrontaciones de orden interno. En este contexto, nuevos fenómenos como el terrorismo –sobre todo el internacional– o la inmigración que provocan los diferentes conflictos alrededor del mundo, proponen importantes retos para la sociedad contemporánea y el derecho –fundamentalmente internacional– confeccionado para responder a ellos; varios de esos interrogantes son puestos de presente en el artículo, al que también se incorporan algunos esbozos de respuesta.

### Palabras claves

Derecho internacional humanitario, guerra, posconflicto, Corte Penal Internacional.

### Abstract

This paper addresses the ever complex problem of the legal legitimacy of the war and the regime that will govern the combatants after the end of the respective hostilities. It also deals with the international community's awareness of the humanization of hostilities and their consequent regulation, as well as its application to domestic conflicts. In this context, new phenomena such as terrorism –especially the international one– or the immigration caused by the different conflicts around the world, propose important challenges for contemporary society and the law –fundamentally international– designed to respond to them; several of these questions are put forward in the article, which also incorporates some response sketches.

---

\* Texto escrito de la conferencia impartida en el Instituto Cervantes de Berlín, el 27 de abril de 2017, en el marco de una Jornada sobre “Ciencias y Guerra”, organizada por CERFA y el propio Instituto, con la participación de la Embajada de España en Alemania, FECYT, la Fundación Ramón Areces y el DAAD. Mi agradecimiento más profundo a todos ellos por la invitación cursada. Aprovecho para indicar que el público presente fue muy variado, entre ellos muchos alemanes estudiantes de español, por lo que ofrecí citas de textos, preferiblemente sólo en español, accesibles para todos los asistentes pues la mayor parte de ellas están en Internet, fijándome especialmente en los asistentes latinoamericanos, a los que proporciono fuentes propias muy interesantes. Agradezco a mi discípula, la Dra. Ana Beltrán, su utilísima información al día sobre los tribunales supranacionales.

\*\* Profesor DR. h.c., Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Jaume I de Castellón, España.



## Keywords

International humanitarian law, war, postconflict, International Criminal Court

## Introducción: la legitimación jurídica de la guerra en la historia

Quien entra en guerra busca ante todo una legitimación para su acción. Esa legitimación puede ser de diversa naturaleza, a saber, ética, moral, religiosa o jurídica. Cuando quien entra en guerra quiere justificar jurídicamente su decisión, algo hoy inevitable, lo hace bien a través de una respuesta que le exima de responsabilidad (la guerra como legítima defensa, la llamada guerra defensiva), bien a través de una acción preventiva de males mayores que le permita mantener la paz (autorización del parlamento nacional para declarar la guerra, la llamada guerra preventiva). Es decir, busca el apoyo del derecho para no tener que dar en el futuro cuentas ante nadie ni de su acción, ni de sus consecuencias, directas o colaterales. Y ello en todo caso, aunque haya realizado verdaderamente una guerra de agresión.

Claro, esto es solo un aspecto de la guerra, quizás no el más importante si se considera la pérdida de valor de la vida de las personas y la profunda degradación del ser humano que conlleva todo conflicto armado, pero, por sus consecuencias, no es el que queda en último lugar. Siendo la guerra hasta ahora inevitable (la defensiva desde luego), como demuestra la historia, y siendo los poderosos quienes más se involucran en ella, sobre todo si son los agresores, para realizar acciones de ataque, defensa o contención, pero también para aumentar su poder (personal, familiar, económico, territorial, etc.), no cabe duda de que legalizarla cuanto antes, a ser posible incluso previamente a su comienzo, es un tema muy importante para ellos. Muchas guerras recientes se han emprendido por la paz mundial, no se olvide ello.

Se busca ante todo la guerra justa, es decir, la guerra justificada ética y moralmente, cuando no también religiosamente. Desde luego, no debe interesar la guerra internacional injusta, que por cierto tampoco es ajena al derecho –pues es un acto criminal (Walzer, 2001, pp. 51 y ss.)–, ni la guerra interna emprendida por dictadores para mantenerse en el poder o para conquistarlo (Müller, 2016). Debe interesar la guerra justa, básicamente, aquella que emprende una democracia para defenderse a sí misma y al orden democrático mundial. Pero, como ahora se verá, el concepto de guerra justa ya no es tan importante hoy, y su contenido se incardina en desarrollos más modernos y apegados a la realidad.

En el poco tiempo concedido, lo que se comprende y no se cuestiona, no es fácil exponer las características que deben concurrir en una guerra para considerarla justa. Si uno se para a pensar en la historia más cercana a nuestras culturas, la evolución de la guerra, del derecho a la guerra por mejor decir, resulta poco ejemplarizante. Grandes filósofos y no menos grandes juristas han dedicado páginas memorables a esta cuestión, desde varias perspectivas (Grocio, 1925; Ridder, 1957, pp. 31 y ss.; Kant, 1991; Villar, 1997).

En esencia, ya desde Roma existía una preocupación clara por la guerra justa como instrumento de paz, prohibiéndose –por el Senado– como medio para extender el poder. En la Edad Media, la opción escolástica por la paz se funda en la Biblia (Deuteronomio 20, 10-12), así, en *La Ciudad de Dios*, San Agustín consideró a la guerra como imprescindible para la causa de la justicia, al distinguir entre violencia legítima e ilegítima; si bien Francisco Suárez consideró odiosa a la guerra. Francisco de Vitoria dedicó una parte importante de sus reflexiones a la guerra justa, que admite (Shaetzel, s/f). Después, el ya citado Grocio, apartándose del Derecho natural teológico para fundarlo en la razón, opta por la guerra como instrumento de paz. Como fundamento científico de todas estas afirmaciones, el derecho de gentes (derecho internacional, *Völkerrecht*) contempla este derecho a la guerra entre uno de sus principales contenidos, desarrollándose al mismo tiempo que el concepto de soberanía estatal. Por eso, imperando estas concepciones, la guerra es una ‘cuestión de Estado’, de naciones individualmente consideradas, ‘privada’ podríamos decir, cuya regulación se somete al derecho interno, al menos hasta el siglo XIX.

La preocupación de Grocio por establecer un nuevo orden mundial, al intentar acabar con las guerras religiosas o confesionales –recuérdese que es el momento, desde finales del siglo XV hasta mediados del siglo XVII, en el que ante el declive de las monarquías medievales empiezan a tomar forma los Estados y naciones, está comenzando y desarrollándose la Edad Moderna, y el peligro de guerra es más que real, por las lógicas luchas de poder que ello conllevaba–, por lo tanto, separando la teología de la metafísica, es un punto clave en la evolución del derecho a la guerra, pues se asienta una nueva concepción de pactar esos Estados cómo resolver los conflictos y, en caso de guerra, convenir las reglas básicas de su desarrollo. En suma, acuerdos internacionales, diríamos hoy, basados en la razón, para regular la paz.

Así pues, los eruditos citados y la conceptualización filosófico-naturalista de la cuestión, enseñan que hasta el siglo XIX el concepto de guerra justa gira en torno a las siguientes dos cuestiones, conforme lo explica R. Grasa en su introducción al libro de Walzer (2001, p. VI): Primera: la guerra es justa cuando persigue un bien común (*ius ad bellum*, derecho a la guerra). Su justificación ética, moral, religiosa y jurídica depende, por lo tanto, de analizar si la respuesta de la guerra es adecuada en el caso concreto. Para ello, se fijan varios requisitos: justa causa, intencionalidad correcta, declaración pública de la guerra por autoridad política legítima, ser la guerra el último recurso, probabilidad de éxito y proporcionalidad de la respuesta.

Segunda: la guerra justa debe proteger a los inocentes (*ius in bello*, derecho de guerra). Tres aspectos se destacan: evitar que el inocente sea sujeto directo de la guerra, planificación de ataques teniendo en cuenta la idea coste-beneficio respecto a quienes no participan en la guerra y prohibición de usar armas o métodos en la guerra que sean repulsivos a la conciencia moral de la humanidad. Obviamente no se consigue siempre, ni, desde luego, siquiera de manera aceptable, pero aquí está la base de la regulación jurídica posterior de lo que puede y lo que no puede hacerse en una guerra.

Sin embargo, a pesar de estos enormes avances que se forjaron durante casi tres siglos, poco a poco se irá viendo que ‘guerra’ y ‘derecho’ no son conceptos fáciles de compatibilizar, pues, en el fondo, la guerra no es sino una enorme vulneración del derecho. A ello contribuyó, sin duda, la I Guerra Mundial, cuya cruda realidad implicó el primer intento serio de deslegitimar jurídicamente la guerra, no en el sentido de apartarla completamente del derecho, sino de hacerla internacional, es decir, de convertir una institución jurídica interna –privada–, en una institución de pueblos, internacional. De la teoría de Grocio, se pasa a la realidad del desastre.

Pero antes debe decirse, para que se vea un ejemplo real, aprovechando la inspiración que transmite el lugar en el que nos hallamos, que en la Edad Media el espíritu jurídico guerrero tenía sus problemas internos propios. Sin perjuicio de la polémica existente sobre el carácter pacifista o no del mejor libro de la literatura española, asunto sobre el cual no quiero entrar ahora, Don Quijote lo dice con meridiana claridad, fijándose en algo para él esencial, a saber, que sin las armas las letras no existirían:

...dicen las letras que sin ellas no se podrían sustentar las armas, porque la guerra también tiene sus leyes y está sujeta a ellas, y que las leyes caen debajo de lo que son letras y letrados. A esto responden las armas que las leyes no se podrán sustentar sin ellas, porque con las armas se defienden las repúblicas, se conservan los reinos, se guardan las ciudades, se aseguran los caminos, se despejan los mares de corsarios, y, finalmente, si por ellas no fuese, las repúblicas, los reinos, las monarquías, las ciudades, los caminos de mar y tierra estarían sujetos al rigor y a la confusión que trae consigo la guerra el tiempo que dura y tiene licencia de usar de sus privilegios y de sus fuerzas. Y es razón averiguada que aquello que más cuesta se estima y debe de estimar en más. Alcanzar alguno a ser eminente en letras le cuesta tiempo, vigiliyas, hambre, desnudez, váguidos de cabeza, indigestiones de estómago y otras cosas a éstas adherentes, que en parte ya las tengo referidas; mas llegar uno por sus términos a ser buen soldado le cuesta todo lo que a el estudiante, en tanto mayor grado, que no tiene comparación, porque a cada paso está a pique de perder la vida (Cervantes, 1969).

Pero esto es más o menos conocido. Se ha hecho referencia a la evolución de la relación entre guerra y derecho desde que se tiene conocimiento escrito de la misma. Hoy la situación es completamente distinta, en realidad ha tenido una evolución impensable a principios del siglo XX. A ello se dedican los siguientes minutos.

### **Vencedores y vencidos: la preocupación por el régimen jurídico del postconflicto**

Es la I Guerra Mundial la que empieza a cambiar el concepto de guerra justa y su relación con el derecho, como acaba de decirse. Desde entonces, la guerra se considera un delito internacional, lo cual significa que la regulación del derecho a la guerra –*Kriegsrecht*– debe dejar de ser cuestión interna –de Estado–, para ser objeto de regulación internacional, y deja de ser un tema religioso, moral o ético, para convertirse en un tema sobre todo político y, en lo que ello implica, jurídico,

sin que se excluyan, desde luego, ni lo religioso, ni lo ético, ni lo moral, pero ya en un plano inferior. No obstante, las primeras consecuencias de la I Guerra Mundial no fueron en ese sentido, al menos no inmediatamente, pues en vez de avanzar hacia un tratamiento más internacional o supranacional del tema, insistieron en la represalia y el carácter 'privado' de la guerra entre naciones.

En efecto y, por un lado, una explicación aceptable de lo que no debe ser, es lo que sucedió tras la finalización de la I Guerra Mundial. El Presidente de los Estados Unidos Woodrow Wilson redactó en 1918 un documento de 14 puntos con el fin de crear un nuevo orden mundial, el *ius post bellum* o derecho posterior a la guerra (Lara, 2011). Básicamente, condenó a los países perdedores a una revisión de fronteras como no la hubo en Europa en un siglo y, en especial, al abono de indemnizaciones sustancialmente impagables. A continuación, para Alemania, vino el armisticio y la firma del Tratado de Versalles de 29 de junio de 1918 (1919), una puesta al día del documento Wilson, pero en verdad un documento insuscribible ante las fuertes condiciones impuestas al perdedor, de una auténtica humillación se ha hablado con frecuencia (y causa importante para la II Guerra Mundial), porque implicó una pérdida territorial enorme, un desarme completo y el pago de todos los gastos de guerra, que se fijaron en dos conferencias posteriores (Spa en 1920 y Londres en 1930), lo que, de facto, impediría la recuperación alemana, efecto que los negociadores más inteligentes nunca quisieron.

Por otro, la creación de la Sociedad de Naciones en 1919, como consecuencia de esa guerra e influida por el documento Wilson, no cambió la concepción de la guerra como derecho de las naciones signatarias del tratado de su creación, pues su art. 11 no lo desmiente, aunque no lo afirma tampoco, limitándose a decir que:

[s]e declara expresamente que toda guerra o amenaza de guerra, afecte o no directamente a alguno de los miembros de la Sociedad, interesa a la Sociedad entera, la cual deberá tomar las medidas necesarias para garantizar eficazmente la paz de las naciones.

Es solo unos años más tarde cuando empieza a orquestarse el verdadero cambio. Así es, el Tratado de París de 1928, conocido también como Pacto Briand-Kellogg, significó un gran avance, porque los 15 Estados que lo firmaron se comprometieron, de acuerdo con su art. I, a prohibir la guerra en los siguientes términos: las Altas Partes Contratantes declaran solemnemente, en nombre de sus respectivos pueblos, que condenan el que se recurra a la guerra para solucionar controversias internacionales y renuncian a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones entre sí. La importancia de esta declaración es tal que se considera precedente inmediato del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, firmada en San Francisco, que dispone:

[l]os Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

Fue ciertamente poco efectiva. La II Guerra Mundial, empezada pocos años después en 1939, lo demuestra sin posibilidad alguna de contraargumentación. Pero deben destacarse dos consecuencias importantes: en primer lugar, que, desde 1945, la comunidad internacional integrada en las Naciones Unidas tiene una nueva regla jurídica: la renuncia a la guerra para resolver conflictos. La distinción entre guerra de defensa (guerra justa), permitida por la legislación hasta entonces, y guerra de agresión (guerra injusta), prohibida, deja de tener sentido legal, porque la renuncia implica que no hay ninguna guerra.

En segundo lugar, que las guerras o los actos de fuerza que inevitablemente tengan que realizarse, deben ser autorizadas por la comunidad internacional, por lo tanto, surge el concepto de 'guerra de ejecución', es decir, la llevada a cabo en cumplimiento de un mandato de la ONU, en concreto, del Consejo de Seguridad (art. 42, Carta de las Naciones Unidas).

Pero, desgraciadamente, estas ideas, aunque entendibles después de un desastre tan enorme como el que supuso la II Guerra Mundial, han demostrado ser poco ajustadas a la realidad. La reciente historia, en particular, lo acontecido en Afganistán, los Balcanes, Iraq, Siria, Ucrania, etc. (BBC, s/f; El Mundo, s/f), pone de manifiesto que, en vez de acabarse definitivamente con la guerra, que es lo que deberíamos hacer entre todos, muy al contrario, la guerra sigue siendo necesaria para lograr la paz y, por tanto, es trascendente justificarla. El control del Consejo de Seguridad de la ONU es insuficiente. El nacimiento del pacifismo organizado en el siglo XX pretende, de hecho, concienciar que ninguna guerra puede justificarse, ni ética, ni moral, ni religiosamente.

### **Dos logros fructíferos ante la inevitabilidad de la guerra: el enjuiciamiento de los culpables en instancias supranacionales y el derecho penal internacional humanitario**

Pero se debe seguir avanzando. Si se echa una mirada a la realidad actual, se tiene que confirmar, con pesar, que la guerra es inevitable. Por lo tanto, el derecho que regula la guerra, antes, durante y después, es muy importante.

De todo lo sucedido hasta ahora, que se ha expuesto resumidamente, ¿qué es lo más relevante para el derecho a la guerra y para el derecho de guerra? Al respecto debe decirse que hay dos logros muy importantes después de la última gran guerra, la II Guerra Mundial: en primer lugar, la articulación de una organización adecuada para el enjuiciamiento de los grandes responsables de esas guerras (concretado en la creación de tribunales supranacionales e internacionales); y, en segundo lugar, la humanización del conflicto, articulado en forma jurídica de protección internacional (el derecho humanitario).

Aunque pueda parecer que se trata de cambios de nombres eufemísticos, o quizás ante un fraude de etiquetas (ahora se habla de conflictos armados internacionales y no de guerra, y el derecho internacional humanitario es el antiguo derecho de guerra), lo cierto es que, en el fondo, representan una evolución más de contenidos que lingüístico-formal. La primera es consecuencia de la formalización de

la renuncia a la guerra como fundamento de la nueva comunidad internacional y, la segunda, surge obligadamente al ser necesarias acciones armadas de ejecución, en los términos explicados, pues debe protegerse al ser humano no involucrado, ante todo, limitando los efectos perniciosos de la guerra sobre los mismos. Ambos temas jurídicos forman hoy un contenido propio y más que relevante del derecho internacional entendido en sentido amplio, muy distinto y mucho más comprometido con la sociedad que el que se entendía hasta 1945.

Véanse con algo de detalle estas dos cuestiones. Primero, los tribunales supranacionales e internacionales (*jus ad bellum*): aunque tampoco es una idea nueva, lo cierto es que solo con los llamados Juicios de Núremberg (Yale Law School, s/f) empezó a cobrar fuerza la idea de organizar adecuadamente la persecución, enjuiciamiento, condena y castigo de los más altos responsables de las guerras injustas. Recuérdese que el enjuiciamiento de los criminales nazis se proclamó en la Conferencia de Moscú de 1943; en 1945, en Londres, se creó un tribunal militar internacional para enjuiciar a los criminales de guerra, con sede en Berlín y el primer proceso, y único, se llevó a cabo sin embargo en Núremberg.

En un principio, y no solo para enjuiciar a la Alemania nazi, pues igual ocurrió con los tribunales para Yugoslavia –Resolución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU, de 25 de mayo de 1993 (Beltrán, 2002)– y Ruanda – Resolución 955 del Consejo de Seguridad de la ONU, de 8 de noviembre de 1994–, hubo que vulnerar el principio del juez legal, internacionalmente admitido, en tanto en cuanto los tribunales se constituyeron *ex post facto*. Se atendía a un conflicto armado, gravísimo y espeluznante, pero determinado. Tampoco es desdeñable reflejar que estos tribunales fueron impuestos por los vencedores: Roosevelt, Churchill y Stalin acordaron en 1942 el enjuiciamiento de todos los líderes militares del Eje (Alemania, Italia y Japón), y así se proclamó y ratificó en las conferencias de Teherán (1943), Yalta (1945) y Potsdam (1945). En Alemania se constituyó el Tribunal de Núremberg y en Japón (Tokyo) el de Lejano Oriente. Sobre este último, se debe añadir que en el este asiático se constituyó un Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente, con el fin de juzgar a los imputados de los crímenes recogidos en el Estatuto o Carta de Londres de 1945. El Tribunal, que inició sus actividades en 1946, estuvo compuesto por jueces de los países que ganaron la II Guerra Mundial.

Pero la creación de la Corte Penal Internacional, mediante el Estatuto de Roma de 1998, en vigor desde 2002, con varias normas importantes de complemento y desarrollo, como los ‘Elementos de los Crímenes’ y las ‘Reglas de Procedimiento y Prueba’ de 2002, ambos reformados en 2010 (Gómez & Beltrán, 2002, pp. 273 y ss.), ha dado un cambio de perspectiva mucho más importante de lo que parece; fundamentalmente, porque no es un tribunal impuesto por un país vencedor, sino por las Naciones Unidas, es decir, por la comunidad internacional. Tiene carácter estable y permanente. No se crea para resolver conflictos concretos y una vez enjuiciados desaparece, sino que puede actuar ejerciendo sus competencias siempre y en cualquier caso que sea procedente desde su constitución y hasta que deje de existir. Y ya no vulnera el principio de juez legal, porque va a conocer de hechos posteriores a su entrada en funcionamiento. Ese cambio es, pues, desde mi punto de vista, radical.

A partir de esa fecha se quiere que todo líder de una guerra injusta sea enjuiciado por sus crímenes, conforme al listado de delitos para los que es competente ese tribunal supranacional (art. 5), a saber, delito de genocidio (art. 6), crímenes de lesa humanidad (art. 7), crímenes de guerra (art. 8) y delito de agresión (art. 8 bis). Obsérvese que todos ellos son delitos con trascendencia internacional, lo que significa que tanto el tipo penal como la interpretación de la mayor parte de delitos gozan de una amplia tradición (Restrepo, 2007, pp. 93 y ss.). Sin embargo, el delito de agresión ha tenido muchas dificultades para su regulación, debido en parte a su novedad, lo que ha dificultado durante mucho tiempo llegar a un acuerdo entre los Estados para el texto definitivo y, de hecho, en el propio Estatuto se pospuso su redacción (art. 5.2), lo que se hizo en la capital de Uganda, Kampala, en 2010 (Ambos, 2011; Durango, 2014, pp. 193 y ss.).

En el momento de redactar estas líneas aún no ha entrado en vigor la reforma (para el crimen de agresión, véase RC/Res.6, 2010n) y, por lo tanto, la CPI todavía no tiene este delito entre sus competencias. Y no olvidemos, insisto, que su creación es iniciativa de la ONU, por consiguiente, no hay detrás un tema de vencedores y vencidos, por lo que se entiende que esos delitos –aceptados internacionalmente– son los únicos que deben perseguirse por este tribunal supranacional.

Dos cuestiones quedan sin embargo pendientes: la primera, es que varios de los países más importantes por su historia de participación en guerras y conflictos internacionales, no han aceptado someterse a ella: USA, Rusia, China, India e Israel, a los que deben añadirse Cuba e Iraq. A pesar de que, a día de hoy, 166 países hayan aceptado el Estatuto y 123 lo hayan ratificado ya, es indiscutible que la ausencia de los cinco primeros países citados debilita extraordinariamente la nueva estructura creada; la segunda, que determinado tipo de acciones individuales organizadas por esos Estados que no forman parte de la CPI siguen siendo bien vistas por una parte importante de la comunidad internacional, lo que le resta eficacia y credibilidad. Por ejemplo, la captura del enemigo, esté donde esté, por un Estado (Ambos, 2012, pp. 9 y ss.) o el uso del ojo por ojo por los Estados Unidos en Iraq, Afganistán o Siria en este año y en los anteriores.

Deben destacarse sobre la CPI los dos siguientes aspectos, por ser de interés: de un lado, la persecución del criminal de Estado tiene lugar siempre ante cualquier posibilidad de escape o fuga jurídica. En efecto: la CPI tiene carácter subsidiario y complementario, por ende, solo actúa a requerimiento de parte legitimada cuando un Estado parte “no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo” (art. 17.1, a ECPI), lo cual significa que el alto responsable criminal no se va a poder amparar en su propio país inactivo, o en un tercero amigo también inactivo, para lograr impunidad; y, del otro, es indiferente qué grado de responsabilidad en función de su cargo tiene el criminal. El Estatuto se aplica a jefes de Estado, jefes de gobierno, ministros, parlamentarios, militares, altos responsables, etc., es decir, a todo el que con responsabilidades políticas o militares participó en los hechos punibles de competencia de la CPI (art. 27 ECPI). Por lo tanto, se refuerza el principio de Justicia universal al ser perseguidos

independientemente de la naturaleza y relevancia del cargo oficial que ostente el autor del delito.

La segunda, es el derecho humanitario (*ius in bello*): el otro logro importante de la evolución del derecho a la guerra y a la paz ha sido, al menos siempre que ha ganado la guerra una democracia, o un grupo aliado de democracias, la humanización del conflicto y del postconflicto, consistente en establecer mecanismos *ad hoc* para una protección eficaz del ser humano involucrado de cualquier manera en esa guerra, tutela que se ha canalizado a través de la creación del llamado derecho humanitario, en concreto del derecho internacional humanitario y, en lo que más nos afecta y mucho más concretamente, del derecho penal y procesal penal internacional humanitario.

La idea básica no es nueva: no todo vale en la guerra. Solo su concreción ha venido lastrada durante décadas, y únicamente ha sido posible cuando la conciencia humana ha dicho ¡basta! frente a brutales ataques o agresiones, muertes, mutilaciones, heridas gravísimas, humillaciones y despojos que afectan a partes de la población indubitadamente inocentes: ancianos, mujeres y niños, por no decir, de entre ellos, potenciales víctimas especialmente vulnerables en cierto tipo de guerras como huérfanos, religiosos, creyentes, homosexuales y lesbianas, indígenas, etc. En fin, a la postre, se trata de regular bien lo que se puede hacer y lo que no se puede hacer en una guerra, con el propósito de evitar muertes innecesarias y salvar todas las vidas que sea posible.

¿En qué consiste esta humanización desde el punto de vista más cercano a mi especialidad, el derecho penal y procesal penal humanitario? Diré, en primer lugar, que en el ámbito del derecho penal humanitario hay una interrelación clara entre esta rama del derecho y la propia guerra. El punto de contacto más caliente es el que contempla la utilización del derecho penal para justificar una guerra, para darle legitimidad, en suma. El terrorismo ha contribuido a ello de manera indudable. En este sentido, si se recuerda lo sucedido en Nueva York, el día once de septiembre de 2001, se observa que todos los atentados terroristas fueron en cuanto a su resultado delito, y se cometieron muchos delitos y muy graves, por desgracia. Sin embargo, se reaccionó frente a ellos con actos de guerra, legitimados por la Resolución 1368 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobada unánimemente el doce de septiembre de 2001, condenando los atentados de Nueva York, Washington y Pensilvania.

Pues bien, frente a las innumerables dificultades con las que desde entonces se encuentra la comunidad internacional para reaccionar adecuadamente ante este tipo de hechos, el derecho penal humanitario avanza en la línea de una más ajustada regulación conceptual de los delitos que contribuya al fortalecimiento del estado de derecho y al logro de una justicia mundial (*Global Rule of Law*). Traspasando el monopolio de los estados sobre el derecho penal a entidades supranacionales, se logra una civilización de los conflictos, lo que indiscutiblemente es un avance (Prittwitz, 2004, pp. 176-181).



En segundo lugar y desde el ámbito del derecho procesal penal humanitario, puesto que no es posible que una democracia renuncie a aplicar las garantías procesales a quienes han intentado acabar con ella –aunque quienes defienden el derecho penal del enemigo verían ello con agrado (críticamente, Muñoz, 2005, pp. 123 y ss.)–, opino que el campo procesal más adecuado, una vez resuelta la creación de un proceso supranacional, el que rige la actuación de la CPI en estos momentos (Gómez, 2003), siempre mejorable evidentemente, es el de la protección y reparación de las víctimas de la guerra o conflicto.

Los ámbitos principales desde el punto de vista procesal penal (y penal) del derecho humanitario son (Salmón, 2004, pp. 79 y ss.; Pigrau, 2009, pp. 32 y ss.): Uno, la prohibición de la tortura y el trato denigrante a los prisioneros de guerra. Dos, el derecho de comunicación de los prisioneros de guerra con sus familias. Tres, la prohibición de la violación y otras formas de agresión sexual durante la guerra. Cuatro, la protección de las víctimas civiles, en cualquier forma y grado (prohibición de ataques, prestación de ayuda económica, alimentos, agua, prevención contra el peligro, etc.); y, cinco, el sometimiento a enjuiciamiento criminal en caso de vulneración de estas normas, realizado hoy por la Corte Penal Internacional (Gutiérrez, 2006, pp. 4 y ss.), que se integra así en el sistema como órgano supranacional máximo de protección de los derechos humanos (Ambos, 2000, pp. 925 y ss.; 2004, pp. 91 y ss.).

Por lo que afecta a las víctimas en concreto, tras la II Guerra Mundial se aprobaron el doce de agosto de 1949 en Ginebra –donde se firmó el primer tratado de protección a las víctimas militares de la guerra en 1864–, cuatro convenios internacionales que constituyen las bases jurídicas más importantes de la tutela humanitaria de la víctima, militar o civil, de un conflicto armado, a saber: el I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el III Convenio de Ginebra relativo al trato de prisioneros de guerra; y el IV Convenio de Ginebra para la protección de personas civiles en tiempo de guerra. Estos convenios significan un reforzamiento de la protección de las víctimas de la guerra, así como la de las víctimas civiles que han sido hechas prisioneras o están en poder del enemigo; a ellos hay que añadir el Protocolo I y el Protocolo II adicionales a los convenios anteriores, aprobados en Ginebra el 8 de junio de 1977.

No se olvide tampoco el papel desempeñado en el derecho internacional humanitario por la Cruz Roja Internacional, creada en 1863 por Henri Dunant y Gustave Moynier en Ginebra, puesto que, en la mayor parte de sus cometidos, su actuación es pura aplicación de las normas de ese nuevo derecho. Ciertamente, estos tratados internacionales, que pretendieron configurar un nuevo régimen jurídico de la guerra, al fijar estrictos límites y establecer derechos de las personas basados en su dignidad, que el conflicto no puede alterar, han complicado mucho la cuestión, pues son demasiadas normas, y a ellas hay que añadir las costumbres, que en materia de guerra no son pocas, lo que es especialmente aplicable a los conflictos internos, también regulados (art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra).

En concreción de esos convenios, la propia ONU fija en su documento Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados, los siguientes cinco derechos de las víctimas en estos casos:

1º) Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias.

2º) Las víctimas deberán tener acceso a vías de recurso judiciales, entre las que figuran: a) el acceso igual y efectivo a la justicia; b) la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y c) el acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

3º) Además, la víctima de una violación manifiesta del derecho internacional de los derechos humanos o de una infracción grave del derecho internacional humanitario tendrá un acceso en condiciones de igualdad a medidas efectivas de reparación judicial, conforme a lo previsto en el derecho internacional, así como acceso a órganos administrativos y de otra índole.

4º) Las víctimas deberán también poder obtener reparación, que debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. La reparación efectiva puede tomar las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

5º) Por último, las víctimas deberán tener acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

Obsérvese que la clave del derecho humanitario en relación con las víctimas es posibilitar su total reparación. Pero, ¿cómo se repara, por ejemplo, a las 44.000 mujeres musulmanas violadas (Schnitzer, 2000) en Bosnia por los serbios durante la guerra 1992-1995? ¿Es suficiente con que un tribunal, por ejemplo el tribunal para la exYugoslavia, se limite a declarar un día que con esas violaciones se dio paso a un genocidio –‘limpieza étnica’– (Amnistía Internacional, 2009; El Mundo, 2015)? Es cierto que el Estatuto de Roma (art. 79) contempla la creación de un Fondo Fiduciario para la Reparación de las Víctimas, y que ya se ha dictado alguna resolución al respecto, pero, de momento, es notoriamente insuficiente e, incluso, ridículo (López, 2013, pp. 209 y ss.; EFE, 2017).

Así las cosas, resulta obvio que no es posible reparar a las víctimas convirtiendo en víctimas a los violadores. El ojo por ojo o represalia idéntica no es admisible por la conciencia de la comunidad internacional actual, aunque algún país la pueda desear o incluso la quiera practicar. Los estudiosos del tema, sobre todo después de los atentados del once de septiembre de 2001 en Nueva York, proponen la creación de una gran coalición internacional en defensa de la paz, unas medidas eficaces en la lucha contra el terrorismo, sobre todo contra el no organizado o sin ejército, y una apuesta decidida por defender el modo de vida occidental, al ser considerado el que mejor desarrolla el enorme potencial social de la persona humana, con todos sus defectos, pero de momento es el que más claramente lo ha demostrado.

Desde luego, toda decisión judicial, supranacional, internacional o nacional, que apoye a las víctimas, bien en su protección integral desde el punto de vista social, médico y humanitario, bien desde el punto de vista económico, es bienvenida, pero es muy probable que las víctimas prefieran la garantía más segura y permanente de un escenario de paz y convivencia pacífica por encima de todo (no repetición), para que no pase a sus hijas lo que pasó a sus madres.

### **Su repercusión en los conflictos internos**

Hasta aquí el panorama internacional. Pero lo cierto es que en la actualidad también existen guerras internas, civiles, y hay que preguntarse en qué medida estos avances repercuten internamente. Aunque todavía existen muchos conflictos internos, en los que la fuerza de la comunidad internacional como tal no interviene, que desaparecen poco a poco de forma en principio unilateral (el caso del fin de ETA en España sería el ejemplo a poner), interesa más atender a la solución de dichos conflictos desde un punto de vista negociado. El modelo más importante, sin duda, son los Acuerdos de Paz firmados entre el Gobierno de Colombia y el grupo guerrillero FARC (La Habana, 24 de agosto y 24 de noviembre de 2016). Este compromiso tardó más de cinco años en redactarse y su aprobación solo fue posible, tras el referéndum negativo del dos de octubre de 2016 respecto al primer texto propuesto, gracias a aceptarse algunas reformas y al voto final favorable en el Senado colombiano, lo que motivó no pocas y fundadas críticas al no haber un segundo referéndum. La constitucionalidad de muchas de sus decisiones ha sido puesta en duda doctrinalmente (López, 2012; Cortés, 2013, pp. 189 y ss.; Ambos & Zuluaga, 2014, pp. 165 y ss.).

Pues bien, de entre todos los temas tratados en el amplísimo Acuerdo (Alto Comisionado para la Paz, 2016), sin duda todos ellos muy importantes, son, primero, el de la responsabilidad penal de los guerrilleros y, segundo, el del tratamiento de las víctimas, los dos de mayor relevancia. Ambos están entrelazados en el documento, formando parte del llamado 'Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición' –Capítulo 5– (Forer & Guerrero, 2010, pp. 161 y ss.; Ferrajoli, 2016, pp.146 y ss.).

En cuanto al primero, se crea una 'Jurisdicción Especial para la Paz' (la llamada comúnmente Justicia de Paz, Capítulo 5.1.2-I del Acuerdo), dentro del organigrama judicial colombiano, que ofrecerá soluciones pactadas para cada caso, partiendo de la voluntariedad del sometimiento a la misma. Se opta, así, por una solución jurídica de justicia negociada o transaccional. La Justicia de Paz es el componente judicial del Sistema Integral. En cita literal, se trata del

- 1.- Conjunto de órganos de administración de justicia que ejercerán funciones judiciales y cumplirán con el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar los delitos cometidos en el contexto y en razón del conflicto armado, en particular los más graves y representativos.
- 2.- Para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia será necesario contribuir a la verdad, la reparación de las víctimas y la no repetición.

3.- Busca, ante todo, satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, luchar contra la impunidad, cumplir con el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participen en los mecanismos del Sistema.

En cuanto a las víctimas, serán reparadas con el dinero, propiedades y demás bienes que los guerrilleros declaren y entreguen, a lo que están obligados si quieren acogerse a la Justicia de Paz (Capítulo 5.1 del Acuerdo). Oficialmente se dice que:

1. -Este acuerdo busca, a través de los cinco mecanismos y medidas que integran el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, lograr la satisfacción de los derechos de las víctimas, asegurar la rendición de cuentas por lo ocurrido, garantizar la seguridad jurídica de quienes participen en él, y contribuir a garantizar la convivencia, la reconciliación y la no repetición, como elementos esenciales de la transición a la paz.
- 2.- Para que ello sea posible, se crea la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición.
- 3.- Se trata de un [m]ecanismo imparcial e independiente, de carácter transitorio y extra-judicial con enfoque territorial, que buscará contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas y de la sociedad en su conjunto a la verdad.

Si se observa con detenimiento la solución colombiana, guste o no guste, se acepte o no (Velásquez, 2016a; Velásquez, 2016b), destacando sobre todo las enormes ambigüedades que contiene el documento (Trapani, 2017, pp. 1 y ss.), sobresalen dos aspectos que están presentes también en la moderna judicialización del conflicto armado a nivel internacional o supranacional (como no podía ser de otra manera, dada la vigencia en Colombia del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, antes visto): la víctima, en primer lugar, es la parte jurídica más importante del nuevo sistema de paz, la que causa toda la organización de los medios de solución del conflicto interno colombiano, lo que significa que el derecho humanitario también tiene en lo interno una trascendencia muy importante, condicionando prácticamente todas las perspectivas de solución, en el sentido de que primero se atiende a su reparación y después a todo lo demás; y, en segundo lugar, el enjuiciamiento de los culpables no es discutible, no hay espacios para la impunidad, aunque las soluciones se prefieren que sean menos contundentes que el puro y llano sometimiento a la jurisdicción penal ordinaria, y esto implica también una fuerte influencia de la última evolución del derecho de guerra, pues hay Justicia, más benévola, pero la hay.

Ello solo significa que la comunidad internacional democrática busca las mismas soluciones tanto en los conflictos internacionales como en los nacionales, adoptando en estos las peculiaridades propias que sean más convenientes para una mejor solución de los mismos. Lo impone la cruda realidad del conflicto entre compatriotas; de guerra fratricida se suele tildar a la guerra civil en estos casos.

## Reflexión final

Debe ponerse punto final a estos comentarios. De lo expuesto, se infiere que estas serían las dos modernas enseñanzas en el tema derecho y guerra que de-

ben mantenerse y potenciarse: nadie escapará habiendo promovido o liderado, en cualquier nivel de responsabilidad, una guerra injusta y las víctimas, como miembros más sensibles de la sociedad, recibirán una protección adecuada. Pero no es satisfactorio concluir así. Debe profundizarse un poco más y preguntarse: ¿hacia dónde vamos? La respuesta no es fácil. Si se analiza la realidad actual, se abren varios interrogantes, pues no es claro que la relación, hoy más y mejor equilibrada a través del Derecho Internacional Humanitario, entre derecho y guerra, vaya a persistir en sus mismos términos.

Por un lado, el terrorismo ha cambiado su imagen, pero acecha con más fuerza que nunca. Han desaparecido, al menos en Europa, los terrorismos nacionalistas (*IRA, Baader-Meinhof, Brigate Rosse, ETA*, etc.), pero el terrorismo internacional ha aumentado de manera considerable, porque los fines del terrorismo siguen siendo de gran impacto: destruir una nación, un Estado, una democracia, un pueblo, matando selectivamente, y, sobre todo, a inocentes. Solo que tiene una nueva dirección: forma parte hoy de la guerra actual entre el Islam más radical y la Cristianidad más tolerante, sin duda alguna. Qué reglas jurídicas rigen, cabe preguntar, en el actual terrorismo internacional. Parece indubitado que los Estados occidentales más atacados hasta ahora (Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Alemania, España, etc.), aplican reglas internacionales y se muestran garantes frente a los terroristas detenidos; pero también lo es que el terrorismo islámico no respeta ninguna de esas reglas, sobre todo la de evitar provocar muertes y víctimas inocentes cuando actúan de forma indiscriminada y, además, ha declarado la guerra, una guerra confesional, unilateralmente contra Occidente.

La guerra es así defensiva por nuestra parte, ya que al contraatacar (represaliar debería decirse a veces) nos defendemos, pero ¿es suficiente con regular el contraataque? ¿Cómo nos vamos a defender jurídicamente en verdad ante este comportamiento, en lo interno (el país atacado), en lo internacional (el conjunto de países atacados), o en lo supranacional (la comunidad de naciones libres), o en los tres ámbitos a la vez, aplicando las reglas internas, internacionales o supranacionales correspondientes? Parece insuficiente, se requiere mucha agilidad en la respuesta y un gran control de la situación para evitar los típicos desmanes: reducción del garantismo procesal, detenciones prolongadas sin asistencia jurídica, limbos jurídicos, tribunales especiales, etc. La creación de una Policía Internacional Antiterrorista, bajo tutela de la ONU, quizás pudiera ayudar en esta línea, pero haría falta mucho más, centrándose las principales actuaciones en la educación ciudadana y en la elevación del nivel económico de los ciudadanos de los países de los que provienen los terroristas.

Por otro lado, el peligro de juicio político existe en la mayor parte de los conflictos hoy activos. Piénsese en lo sucedido no hace mucho en Irán, Irak, Túnez, Egipto y Siria, y se verá que, básicamente, la finalidad principal ha sido derrocar un régimen dictatorial, pero quienes han vencido están siendo incapaces de ayudar a transformar esos países en verdaderas democracias y los juicios políticos internos han cobrado una gran relevancia (los casos de Mubarak y de Mursi en Egipto lo

demuestran). Una respuesta internacional abocando estos conflictos a la Corte Penal Internacional dotaría sin duda de una mayor objetividad e imparcialidad a la solución de esas guerras internas, pero al seguir abiertos los focos de agresión, con millones de víctimas inocentes, ¿sería suficiente esta solución (Kirchheimer, 2001, pp. 56 y ss.)? Parece que no, pues el enjuiciamiento político no es competencia de la Corte Penal Internacional, sino solo el de delitos internacionales, en los términos vistos, pero separar lo político de lo jurídico-penal hoy es más difícil que fácil (Viejo, 2005, pp. 80 y ss.). Quizás, hacer competente a la CPI en estos casos ayudaría a resolver el problema.

Finalmente, las actuales guerras provocan un fenómeno, que, si bien no es nuevo, lleva como efecto colateral una consecuencia gravísima: la inmigración, que, por afectar generalmente a inocentes que huyen despavoridos de la guerra en sus propios países, es jurídicamente ilegal al no ser posible su regularización preventiva. Una nueva clase de derecho internacional humanitario está surgiendo, que tiene como objeto la protección e integración del inmigrante. Claro que hay normas que regulan esta cuestión, algunas de hace más de 50 años, pero lo que nadie podía prever es que de pronto entraran en un país en forma ilegal miles de inmigrantes al día, la inmensa mayoría de ellos sin documento alguno de acreditación. Esto hace que ese derecho deba ser sometido a revisión, porque no hay país que pueda soportar esa tasa. La Unión Europea, con Estados Unidos, lideran la recepción de inmigrantes ilegales al año. Si a ello se añade un paralelo aumento de la xenofobia, que se organiza políticamente para contrarrestar la fuerza de los inmigrantes ilegales como posible grupo organizado, una nueva vía de tensión se ha abierto en forma alarmante en muchos países, principalmente de la vieja y democrática Europa –¿o no se refleja ello en las elecciones francesas del pasado domingo 23 de abril de 2017?–, conflicto que debe ser resuelto de la mejor manera posible cuanto antes, sin alteración de ninguno de los principios que fundan la pacífica actual convivencia democrática como miembros de la comunidad internacional. ¿Cómo? Debe volverse a la educación y riqueza como factores de alta efectividad disuasoria.

Hasta aquí la intervención. Es evidente que hay muchos temas a tocar en esta materia que solo se han podido bordear, cuando no directamente obviar. Por ejemplo, entre los primeros, los requisitos jurídicos internacionalmente admitidos para una paz estable, o una profundización mayor en los delitos competencia de la CPI; entre los segundos, qué hacer cuando la guerra proviene de un país que no admite control al no haber ratificado el Tratado de Roma creando la CPI. El tiempo y espacio concedido son los causantes de ello.

## Referencias

Alto Comisionado para la Paz. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Recuperado de <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf>

- Ambos, K. & Zuluaga, J. (2014). Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 sobre el Marco Jurídico para la Paz. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (4). Recuperado de [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2014\\_4\\_809.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2014_4_809.pdf)
- Ambos, K. (2000). Principios generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Actualidad penal*, (44), 925.
- Ambos, K. (2004), Derechos humanos y Derecho penal internacional. *Diálogo Político*, 21(3), 81-115.
- Ambos, K. (2011). *El crimen de agresión después de Kampala*. Madrid: Dykinson.
- Ambos, K. (2012). Algunas consideraciones sobre el caso Eichmann. *Revista de Derecho Penal*, (36), 9-19.
- Amnistía Internacional. (2009). *Catorce años después, a las mujeres violadas durante la guerra se les siguen negando sus derechos*. Recuperado de <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/catorce-anos-despues-a-las-mujeres-violadas-durante-la-guerra-se-les-siguen-negando-sus-derechos/>
- Asamblea de Estados Miembros de la Corte Penal Internacional, Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma (2010, junio 11). *Resolución RC/Res.6* En: <http://crimeofaggression.info/documents/6/RC-Res6-SPA.pdf>; o en: [https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/reviewconference/Pages/crime%20of%20aggression.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/reviewconference/Pages/crime%20of%20aggression.aspx); y en: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-10-b&chapter=18&lang=enr](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&lang=enr).
- BBC. (s/f). Las guerras olvidadas. BBC. Recuperado de [http://www.bbc.co.uk/spanish/specials/1115\\_guerras\\_olvida/index.shtml](http://www.bbc.co.uk/spanish/specials/1115_guerras_olvida/index.shtml).
- Beltrán, A. (2002). *El Tribunal Penal para la ex Yugoslavia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cervantes, M. de (1969). *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*. Barcelona: Círculo de Lectores.
- Corte Penal Internacional. (1998, julio 17). *Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Recuperado de <https://www.legal-tools.org/>
- Corte Penal Internacional (2002, septiembre 10). *Elementos de los Crímenes*. Recuperado de <https://www.legal-tools.org/>
- Corte Penal Internacional (2002, septiembre 10). *Reglas de Procedimiento y Prueba*. Recuperado de <https://www.legal-tools.org/>
- Cortés, F. (2013). El Derecho Internacional penal y el asunto de la amnistía. El caso de las Farc. *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 15(29), 189-216.
- Durango, G. A. (2014). Análisis sobre el crimen de agresión en la Corte Penal Internacional a partir de la conferencia de revisión (Kampala). Retos y

- Perspectivas. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 12(24), 193-218.
- EFE. (24 de marzo de 2017). Las víctimas individuales del congolés Katanga recibirán sólo 231 euros. *EFE*. Recuperado de <http://www.efe.com/efe/espana/mundo/las-victimas-individuales-del-congoles-katanga-recibiran-solo-231-euros/10001-3217402>
- El Mundo. (s/f). Guerras olvidadas. *El Mundo*. Recuperado de [http://www.elmundo.es/documentos/2003/04/guerras\\_olvidadas/](http://www.elmundo.es/documentos/2003/04/guerras_olvidadas/)
- El Mundo. (25 de junio de 2015). Una mujer violada en la guerra de Bosnia será indemnizada por primera vez. *El Mundo*. Recuperado de <http://www.elmundo.es/internacional/2015/06/25/558bcdca46163fc5258b457b.html>.
- Ferrajoli, L. (2016). La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna. *Crítica Penal y Poder* (10), 146-161.
- Forer, A. & Guerrero, A. (2010). La Ley de Justicia y Paz, un ejemplo de justicia transicional en Colombia. *Revista Iberoamericana. Iberoamericana. América Latina, España, Portugal. Ensayos sobre letras, historia y sociedad. Notas. Reseñas iberoamericanas* 10(38), 161-168.
- Gómez, J. L. & Beltrán, A. (2002). Aspectos generales sobre la prueba y su práctica en el proceso ante el Tribunal Penal Internacional. En K. Ambos (Coord.) *La nueva Justicia Penal supranacional. Desarrollos post-Roma* (pp. 273-296). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2003). *El Tribunal Penal Internacional: Investigación y acusación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Grocio, H. (1925). *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* (Trad. Torrubiano Ripoll). Madrid: Reus.
- Gutiérrez, H. (2006). La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales. *International Review of the Red Cross*, (861). Recuperado de [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc\\_861\\_gposse.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_861_gposse.pdf)
- Kant, I. (1991). *Sobre la paz perpetua* (3 ed.). (Trad. J. Abellán). Madrid: Tecnos.
- Kirchheimer, O. (2001). *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos* (Trad. R. Quijano). Granada: Comares.
- Lara, J. M. (2011). *Los catorce puntos de Wilson*. Recuperado de <https://hmcontemporaneo.wordpress.com/2011/07/21/los-catorce-puntos-de-wilson-1918/>.
- López, C. (2012). *Justicia Transicional en Colombia*. Bogotá: GTZ.



- López, A. G. (2013). Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: Caso The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012, *Revista Española de Derecho Internacional* 65(2), 209-226.
- Müller, I. (2006). *Los juristas del horror. La "Justicia" de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás* (Trad. C. A. Figueredo). Caracas: Actum.
- Muñoz, F. (2005). De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo». *Revista penal*, (16), 123-137.
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (s/f). *El acuerdo final de paz. La oportunidad para construir paz*. Recuperado de [http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/Nuevo\\_enterese\\_version\\_6\\_Sep\\_final\\_web.pdf](http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/Nuevo_enterese_version_6_Sep_final_web.pdf)
- Pigrau, A. (2009). *Guerra y Paz: La evolución del Derecho Internacional*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- Prittwitz, C. (2004). ¿Guerra en tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción ente Derecho Penal y Guerra. *Revista Penal*. (14), 174-181.
- Restrepo, H. A. (2007). Los delitos competencia de la Corte Penal Internacional. *Perspectivas Internacionales* 3(2), 93-114.
- Ridder, H. (1957). La guerra y el derecho de guerra en el Derecho Internacional y en la doctrina internacionalista. *Revista de Estudios Políticos* (92), 31-50
- Salmón, E. (2004). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima: Universidad Católica del Perú, IDEHPUCP y CICR.
- Schnitzer, V. (26 de abril de 2000). Una bosnia declara en La Haya que fue violada 150 veces en 45 días. *El País*. Recuperado de [http://elpais.com/diario/2000/04/26/internacional/956700017\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2000/04/26/internacional/956700017_850215.html)
- Shätzel, W. (s/f). *La teoría de la guerra de Francisco de Vitoria y la moderna guerra de agresión* (Trad. A. Truyol y Serra). Recuperado de: <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/6599/1/N%201%20La%20teoria%20de%20la%20guerra%20de%20Francisco%20de%20Vitoria%20y%20la%20moderna%20guerra%20de%20agresion.pdf>
- Trapani, M. (2017). *Derecho Penal y postconflicto. Pocas palabras, pero claras, en tema de recurso al derecho y al proceso penal como instrumentos para resolver las problemáticas del postconflicto en Colombia*. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20170408\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170408_02.pdf)
- Tratado de Paz de Versalles (1914). Recuperado de <http://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>
- Velásquez, F. (28 de agosto de 2016a). Amnistía y acuerdo final. *El Colombiano*. Recuperado de: <http://www.elcolombiano.com/opinion/columnistas/amnistia-y-acuerdo-final-LF4869058>

- Velásquez, F. (nueve de octubre de 2016b). La paz a cualquier precio y el Nobel. *El Colombiano*. Recuperado de: <http://www.elcolombiano.com/opinion/columnistas/la-paz-a-cualquier-precio-y-el-premio-nobel-YE5134652>
- Viejo, R. (2005). Del 11-S al 15-F y después: por una gramática del movimiento ante la guerra global permanente. En J. Á. Brandariz y J. Pastor (Coords.) *Guerra global permanente. La nueva cultura de la inseguridad* (pp. 80-123). Madrid: Catarata.
- Villar, L. (1997). *La paz en la doctrina del derecho de Kant*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Walzer, M. (2001). *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos* (3 ed.). (Trad. T. Fernández Aúz y B. Eguibar). Barcelona: Paidós.
- Yale Law School. (s/f). *The International Military Tribunal for Germany, Contents of The Nuremberg Trials Collection*. Recuperado de [http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/imt.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/imt.asp)



# LA LUCHA ANTITERRORISTA A TRAVÉS DE LA PRISIÓN INDEFINIDA. LOS CASOS ESPAÑOL Y ALEMÁN

## *THE FIGHT AGAINST TERRORISM THROUGH INDEFINITE PRISON. THE SPANISH AND GERMAN CASES*

*Margarita Roig Torres\**

### **Resumen**

La Ley Orgánica (LO) 1 de 2015 introdujo en el Código Penal español la prisión permanente revisable, con un periodo mínimo de cumplimiento de 25 años pero, en delitos graves de terrorismo, puede alcanzar a los 35 años. En estos ilícitos, además, se endurecen las condiciones para conceder la suspensión o acceder al tercer grado y a permisos de salida. El legislador argumenta que la cadena perpetua ha sido avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y que existe en la legislación comparada; sin embargo, la Corte Europea ha establecido requisitos muy estrictos y, en el derecho alemán, que se ha tomado como modelo, el régimen de suspensión es mucho más beneficioso que en España. Desde luego, estas disposiciones sobre terrorismo plantean serias dudas sobre su constitucionalidad.

### **Palabras claves**

Prisión permanente, cadena perpetua, prisión indefinida, terrorismo, Código Penal español, derecho penal del enemigo, lucha antiterrorista.

### **Abstract**

The LO 1 of 2015 introduced in the Spanish Penal Code the permanent reviewable prison, with a minimum compliance period of 25 years, but which, in serious crimes of terrorism, can reach 35 years. In these illicit activities, in addition, the conditions for granting the suspension or access to the third degree and exit permits are hardened. The legislature argues that life imprisonment has been endorsed by the European Court of Human Rights (ECHR) and that it exists in comparative legislation; however, the European Court has established very strict requirements and, in German law, which has been taken as a model, the suspension regime is much more beneficial than in Spain. Of course, these provisions on terrorism raise serious doubts about their constitutionality.

### **Keywords**

Permanent prison, life imprisonment, terrorism, Spanish Penal Code, criminal law of the enemy, fight against terrorism.

---

\* Profesora Titular de Derecho penal, Universitat de València (España).

## La prisión permanente revisable para terroristas en el derecho español

### Los homicidios y asesinatos terroristas: objetivo inicial de esta nueva pena.

La LO 1 de 2015, de reforma al Código Penal español, introdujo de modo novedoso la prisión permanente revisable teniendo en cuenta que el último texto punitivo que reguló la cadena perpetua fue el de 1870, donde además se preveía el indulto a los 30 años. De todas formas, el legislador ha designado esta pena de ese modo singular (Abel, 2015b; Cuerda, 2011; Fernández, 2014; Mir, Gómez y Valiente, 2015; Muñoz, 2012; Ramírez y Rodríguez; Sáez; Sanz, 2016), con el propósito de subrayar el cumplimiento de la principal exigencia establecida por el TEDH, consistente en el carácter revisable y, al mismo tiempo, salvar los posibles reproches de inconstitucionalidad por los plazos tan dilatados de cumplimiento mínimo que se establecen. De hecho, en el texto inicial se hablaba de ‘prisión de duración indeterminada revisable’, sustituyéndose, más tarde, por el nombre actual que omite esta alusión a la indefinición temporal.

Pues bien, la nueva sanción se incorporó precisamente para los homicidios y asesinatos terroristas. En el Anteproyecto original se introdujo en el artículo 572.2 CP para ‘[l]os que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas [...] causaran la muerte de una persona’. Fue más tarde cuando el Gobierno, influido sin duda por la opinión pública (Serrano, 2012; Muñoz y García, 2015; Acale, 2016; Cámara y Fernández, 2016), decidió extenderla a numerosos delitos, algunos directamente relacionados con ciertos sucesos mediáticos (como el asesinato que sigue a un delito contra la libertad sexual) y otros posiblemente tomados del derecho comparado (como el genocidio).

En el texto inicial solo se establecía para los homicidios y asesinatos terroristas (art. 572). En cambio, en el Proyecto, se amplió el número de delitos: asesinato, cuando la víctima sea menor de 16 años de edad, o una persona especialmente vulnerable, cuando el hecho siga a un delito contra la libertad sexual, o si el delito lo realiza quien pertenece a un grupo u organización criminal (art. 140); homicidio del Rey, la Reina, el Príncipe o la Princesa de Asturias (art. 485.1); asesinatos reiterados o en serie (art.572.2.1), homicidio del Jefe de un Estado extranjero, u otra persona protegida en un tratado que se halle en España (art. 605.1); determinados genocidios (art. 607.1.1 y 2) y delitos de lesa humanidad (art. 607 bis, apartado 2). Posteriormente, la LO 2 de 2015, que modificó el Código Penal en materia de terrorismo, aplicó de nuevo la prisión permanente a los homicidios terroristas (art. 573 bis), que se habían suprimido en el texto aprobado. Esta ampliación ponía de relieve que no había un grupo claro de infracciones para las que se considerara imprescindible; los únicos ilícitos para los que parecía incuestionable eran los atentados terroristas.

Esta prioridad se tradujo en la regulación del Código Penal, donde se estableció un régimen especialmente severo para la prisión permanente aplicable a esos hechos. Se prevén plazos mayores para acceder al tercer grado y para obtener permisos de salida, la suspensión de la pena requiere que el condenado observe de-

terminadas condiciones (abandono de la banda, colaboración activa, etc.) y, en los casos de concurrencia de delitos graves relacionados con el terrorismo, el periodo mínimo de cumplimiento se eleva extraordinariamente, de modo que puede alcanzar los 35 años, lo que supone que no se revisará la condena hasta extinguir este tiempo de prisión efectiva.

Como era de esperar, esta normativa generó fuertes críticas –que coincidían en la falta de una auténtica justificación de esta pena–, tanto en el seno de la doctrina, como por parte de organismos oficiales, entre ellos, el Consejo General del Poder Judicial, cuando expresó que en la situación actual, la incorporación de la prisión permanente revisable al catálogo de penas privativas no se justificaba por el incremento numérico de los crímenes para los que se prevé esa sanción. La tasa de homicidios de España es de las más bajas de Europa. Según el Balance de Criminalidad correspondiente al año 2011, elaborado por el Ministerio del Interior, la tasa de criminalidad española (crímenes por cada 1000 habitantes), es de 48,8, cifra que es inferior a la de Francia (56,4), Alemania (73,8), y Reino Unido (77,7), pero superior a la de Italia (43,8) y Portugal (40,1), estas últimas relativas al año 2009. En el capítulo correspondiente a los homicidios dolosos y asesinatos consumados, la tasa por cada 100.000 habitantes correspondiente al año 2011 fue de 0,82, que fue inferior a la habida en el año 2010 (0,85). Según Eurostat, en el año 2009, la tasa española de homicidios fue del 0,90, *ratio* esta que es menor a la de los restantes países europeos, con la salvedad de Alemania (0,86) y Austria (0,51). Como se observa, España no destaca, precisamente, por la alta incidencia de los delitos contra la vida humana independiente y, de ahí que la instauración de la prisión permanente revisable no parece que obedezca a la necesidad de poner freno, mediante un mayor grado de disuasión penológica, a una escalada desmesurada de esta clase delitos (Consejo General del Poder Judicial, 2013, p. 43).

Así mismo, el Consejo de Estado entendió que la introducción de la prisión permanente revisable responde a una libre opción de política legislativa que, sin embargo, no ha sido suficientemente justificada en el expediente. La exposición de motivos del Anteproyecto y la Memoria apuntan, como se ha visto, distintos argumentos destinados a justificar la constitucionalidad y hasta la proporcionalidad de la medida, pero en ningún momento se apuntan las razones, motivos, causas o circunstancias por las que se ha entendido que una reforma de esta magnitud resulta necesaria en el momento actual (Consejo de Estado, 2013). También, el Consejo Fiscal:

Llama la atención del Consejo Fiscal que la introducción de cambios tan radicales en institutos penales claves como [...], la introducción de la pena de prisión permanente revisable [...], no aparezcan debidamente explicados en la exposición de motivos, especialmente mediante la explicitación de cuáles son las razones de política criminal que subyacen en estos cambios” (Consejo Fiscal, 2012, p. 8).

Al respecto, obsérvese: en primer lugar, había cesado en su actividad la banda armada ETA que perpetró el mayor número de atentados en nuestro país. En este sentido, el Consejo General del Poder Judicial (2013) destacó que, durante los últimos años, la operatividad del principal grupo terrorista ha disminuido de manera

drástica, principalmente por la labor de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad: “[e]llo denota que la lucha antiterrorista puede ser plenamente eficaz mediante la conjunción de una serie de medidas de diversa índole, sin necesidad de introducir la prisión permanente revisable en el Código penal” (p. 44). En consecuencia, afirmaba que “existen opciones político-criminales que garantizan con similar eficacia la seguridad de los bienes jurídicos sin llegar a la condena a perpetuidad” (p. 36).

Por otra parte, esos mismos órganos recordaban que el tiempo máximo de permanencia en prisión ya se había ampliado a 40 años, pensando el legislador en los atentados terroristas, cuando en otros países, como Alemania, ese tope es de 15 años. La nueva sanción se adoptaba sin revisar el sistema general de penas (Juana-tey, 2013; Cuello y Mapelli, 2015; Jaén y Perrino, 2015; Tamarit, 2015).

Además, las cifras de delincuencia en España no eran elevadas, en comparación con otros Estados europeos. En realidad, los balances de criminalidad que publica el Ministerio del Interior revelan un descenso generalizado de las infracciones penales en los últimos años: en 2011 (cuando se tramitó el Anteproyecto) se redujeron un 0,5 % respecto al año anterior; en 2012, un 0,7 %; en 2013, un 4,3 %; en 2014, un 3,6 %; en 2015, un 1,9 %; y, en 2016, un 1,4 % (Gobierno de España, 2015). En la presentación de estos documentos el Ministro destacaba que el índice de infracciones penales en España se mantiene entre los más bajos de la Unión Europea.

De igual forma, el porcentaje de asesinatos, incluyendo los de índole terrorista, es también de los menores de nuestro entorno (Díez-Ripollés, 2006, 2015; García, Díez-Ripollés, Pérez, Benítez y Cerezo, 2010, p. 19 y ss.). Según informaba el propio ministro, la tasa media en la Unión Europea es de 1,00 asesinatos u homicidios consumados por cada 100.000 habitantes, mientras en España es de 0,64 (Unión Europea, 2015).

Pese a esos índices de delincuencia relativamente bajos, el aumento de las penas de prisión, motivado en buena medida por el temor al terrorismo, ha hecho que las prisiones españolas tengan una de las tasas de población reclusa mayores de Europa (García y Díez-Ripollés, 2013), situándose en segundo lugar después del Reino Unido. Además, la duración media de permanencia en la cárcel duplica al menos a la de los países europeos más importantes. El porcentaje de internos es de 147 por cada 100.000 habitantes, mientras que en Alemania, por ejemplo, es de 90 internos (Fischer, 2015).

Por eso, para explicar las modificaciones adoptadas en el Código Penal, en la Exposición de Motivos de la LO 1 de 2015, de 30 de marzo, se dice que “[l]a necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas”, lo que, en definitiva, se traduce en un endurecimiento del sistema punitivo.

De hecho, en el Congreso de los Diputados se modificó la argumentación del Anteproyecto y del Proyecto, para justificar esas reformas. Al igual que en esos textos se alude a esa ‘necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de

Justicia', pero, en la versión remitida al Senado, se añade: "con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido" (Martín, 2012, p. 6). De esta forma, se pone de relieve que la prisión permanente revisable es el instrumento central para conseguir ese objetivo; por lo tanto, es esa demanda ciudadana de rigor o de 'mano dura' frente a determinados delincuentes lo que lleva al legislador a incorporar esta nueva pena y no razones preventivas (Juanatey, 2012, 2016; Abel, 2015a; Cervelló, 2015b; Lascuráin, 2015, pp. 66 y ss.).

Además, en la Exposición de Motivos de la ley de reforma se aducen dos motivos para adoptar la nueva pena: que está prevista en el derecho comparado europeo y que ha sido avalada por el TEDH; sin embargo, al analizar el derecho alemán, que nuestro legislador ha tomado como modelo para regular esta sanción, se comprueba que el régimen de la cadena perpetua es más beneficioso en ese ordenamiento, al menos en lo que hace al régimen de suspensión de la pena. Igualmente, la Corte Europea ha establecido requisitos muy estrictos para que la prisión indefinida sea adecuada al CEDH: en esencia, que se reconozca al penado una expectativa legal y práctica de liberación y que se regule un régimen de revisión que permita valorar los posibles cambios en la vida del interno y sus progresos hacia la resocialización. Por eso, resulta oportuno conocer las exigencias del TEDH frente a la cadena perpetua, así como la regulación de esta pena en Alemania.

### **La aprobación de la cadena perpetua por el TEDH como justificación de la reforma.**

En la Exposición de Motivos de la LO 1 de 2015, se afirma como fundamento de la prisión permanente que

se trata, en realidad, de un modelo extendido en el Derecho comparado europeo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos, que ha declarado que cuando la Ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al artículo 3 del Convenio (Cfr. SSTEDH 12-2-2008, *Kafkaris vs. Chipre*; 3-11-2009, *Meixner vs. Alemania*; 13-11-2014, *Bodein vs. Francia*; 3-2-2015, caso *Hutchinson vs. Reino Unido*) (Roig, 2013, 2016).

No obstante, entre estas resoluciones se omite la sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH (*Vinter vs. United Kingdom*, 2013), en la que se declaró que la cadena perpetua impuesta a los recurrentes era una pena inhumana o degradante prohibida por el artículo 3 CEDH, puesto que la normativa de Inglaterra y Gales no prevé un régimen suficiente de revisión en el caso concreto de la cadena perpetua obligatoria por asesinato, cuando el Tribunal acuerda el cumplimiento íntegro. Paradójicamente, en la sentencia posterior de la Sección 4 (*Hutchinson vs. Reino Unido*, 2015), que se cita expresamente en la Exposición de Motivos, se llegó a una conclusión contraria, pese a que no se había producido ningún cambio legal. En la primera, se parte de los argumentos manejados en las resoluciones mencionadas



por el legislador español y a partir de ellos se estima el recurso, mientras que en la última se llega a la solución opuesta.

### **STEDH -Gran Sala- de 9 de julio de 2013.**

En el caso *Vinter vs. United Kingdom* (TEDH, 2013), los recurrentes eran ciudadanos británicos que habían sido condenados a cadena perpetua por asesinato con una orden de cumplimiento de por vida (*whole life order*) y alegaban que esta pena era contraria al artículo 3 CEDH que prohíbe las penas inhumanas o degradantes.

Como consecuencia de esa demanda, el TEDH analizó la legislación de Inglaterra y Gales. En ella se prevén varias modalidades de prisión indefinida: la cadena perpetua por la comisión de segundos delitos tasados (*Life sentence for second listed offender*), la cadena perpetua para la protección pública para delitos graves (*Imprisonment for public protection for serious offences*), ambas para delitos violentos o sexuales, y la cadena perpetua obligatoria para los delitos de asesinato (*Mandatory life sentence*). Las dos primeras no son obligatorias, sino que el Tribunal puede decidir no imponerlas si no lo considera necesario. Además, en caso de acordarlas, debe fijar el periodo mínimo de cumplimiento (*tariff*) que es el tiempo que el sujeto debe permanecer en prisión, antes de que se revise su condena para valorar su encarcelación bajo supervisión dado que, en esa legislación, si se libera al condenado, se le somete a control durante toda su vida.

Pues bien, en la última pena de cadena perpetua (la preceptiva por asesinato), antes se preveía también la obligación de revisar la condena a los 25 años; sin embargo, a raíz de ciertos cambios legislativos se omitió esta norma; una disposición del Ministerio del Interior de 10 de noviembre 1997 establecía que podría reducirse el periodo mínimo de cumplimiento en circunstancias excepcionales como, por ejemplo, cuando hubiese un progreso extraordinario por parte del prisionero. Esta posibilidad la debía tener en cuenta el Ministro a los 25 años, en los casos de presos con una orden de internamiento para toda la vida; sin embargo, la *Criminal Justice Act 2003* no contempló esta revisión. De manera que, en algunos casos, el juez ha de fijar un periodo mínimo de cumplimiento (que oscila entre 30 y 12 años), pero, en otros, se ordena el internamiento de por vida. Entre estos supuestos se encuentra el asesinato cometido con fines políticos, donde tiene encaje el terrorismo. Y, cuando se acuerda esta prisión indefinida, ya no se contempla ese deber de revisión. Esto fue lo que llevó al TEDH a declarar que esta pena era contraria al artículo 3 CEDH.

La Gran Sala señala respecto a la cadena perpetua que “[l]a imposición de dicha pena a un delincuente adulto no es en sí misma contraria o incompatible con el artículo 3, o cualquier otro artículo del Convenio”. Ahora bien, añade que

el artículo 3 debe interpretarse, en el contexto de una cadena perpetua, como una exigencia de revisibilidad de la sentencia, en el sentido de permitir a las autoridades nacionales tener en cuenta si hubo algún cambio en la vida del prisionero tan importante, y si hubo progresos hacia la rehabilitación de tal entidad, en el curso del cumplimiento de la condena, que impidan justificar el mantenimiento de la privación de libertad en razones penológicas legítimas.

Además, tras reconocer la soberanía de cada Estado para fijar el momento de revisión, afirma que

la Corte también observa que en derecho comparado e internacional se muestra un claro apoyo a un mecanismo específico que garantice una revisión no después de 25 años tras la imposición de una cadena perpetua, con exámenes periódicos a partir de entonces.

Asimismo, señala que

un preso sometido a (cadena) perpetua tiene derecho a conocer, al inicio de su condena, lo que debe hacer para ser considerado apto para la liberación y bajo qué condiciones reclamarlo, lo que incluye saber cuándo podrá solicitar una revisión de su sentencia.

En esencia, subraya “que una sentencia condenatoria a cadena perpetua sólo es compatible con el artículo 3 si ofrece al preso tanto una perspectiva de liberación como una posibilidad de revisión de su condena”. Atendiendo a estos argumentos, la Corte concluyó que la cadena perpetua obligatoria para los delitos de asesinato, prevista en Inglaterra y Gales era una pena inhumana o degradante prohibida por el artículo 3 CEDH, en la medida en que no se establecía la necesidad de revisión cuando se decretaba para toda la vida.

#### ***STEDH -Sección 4ª- de 3 de febrero de 2015.***

Posteriormente, en la STEDH -Sección 4ª- del caso *Hutchinson vs. United Kingdom* (2013), la Corte se vuelve a referir a la cadena perpetua obligatoria por asesinato en la legislación británica, cuando se impone una orden para toda la vida. Ahora bien, en esta ocasión niega que dicha pena infrinja el artículo 3 CEDH, contradiciendo la resolución anterior.

El TEDH insiste en que la condena ha de ser legal y efectivamente revisable; sin embargo, después del caso *Vinter*, el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales se pronunció sobre esa modalidad de cadena perpetua en la sentencia de 18 de febrero de 2014 (*R. vs. Ian McLoughlin; R. vs. Lee William Newell*). Y esto determinó que la Corte diera una respuesta contraria a la anterior, al tratar de respetar la soberanía de los órganos judiciales nacionales.

En las dos sentencias de 2013 y de 2015, el TEDH debía resolver si el artículo 30 de la *Crime (Sentences) Act 1997*, que atribuye al Secretario de Estado la potestad de liberar a cualquier prisionero por razones humanitarias, era suficiente o no para estimar que la cadena perpetua obligatoria por asesinato con una orden de por vida es revisable; en efecto:

Artículo 30: 1) El Secretario de Estado podrá, en cualquier momento, dejar a un condenado a cadena perpetua en libertad condicional si está convencido de que existen circunstancias excepcionales que justifiquen la libertad por razones humanitarias. 2) Antes de liberar a un prisionero bajo el apartado 1 anterior, el Secretario de Estado deberá consultar al equipo de libertad condicional, a menos que las circunstancias sean tales que la consulta sea impracticable.

Esta norma se complementa con la Circular del Servicio de Prisiones nº 4700 de 2010 (*Prison Service Order 4700*), publicada bajo el título Manual del condenado a cadena perpetua (*The Indeterminate Sentence Manual*). Este texto, en su Capítulo 12, recoge los criterios orientativos para excarcelar por motivos compasivos:

[q]ue el preso sufra una enfermedad terminal y sea probable que la muerte se produzca muy pronto (aunque no hay límites temporales establecidos, tres meses pueden considerarse un margen adecuado para que la solicitud se incluya en la Sección de Casos de la Protección Pública [PPCS]), o el interno esté postrado o incapacitado, por ejemplo, parapléjico o con derrame cerebral grave, y que el riesgo de reincidencia (en particular de carácter sexual o violento) sea mínimo; y que prolongar la prisión reduciría la esperanza de vida del preso; y que existan medios adecuados para el cuidado del prisionero y el tratamiento fuera de la cárcel; y que la liberación temprana entrañe algún beneficio significativo para el preso o su familia.

En el caso *Vinter* (2014), esta disposición se consideró insuficiente; sin embargo, el Tribunal de Apelación inglés interpretó de un modo amplio esa norma, para indicar que el Secretario de Estado debe excarcelar al condenado siempre que, por cualquier motivo, la continuación del internamiento convierta la pena en inhumana o degradante. En realidad, esto mismo ya lo habían dicho otros tribunales británicos antes del caso *Vinter* (*R. vs. David Francis Bieber*, 2008; y *R. vs. Oakes and others*, 2012), pero, pese a ello el TEDH, entendió que ese precepto no garantizaba la revisión y la esperanza de excarcelación.

En cambio, como la sentencia inglesa era posterior a la de la Corte de 2013, y el Tribunal de Apelación inglés destacó la necesidad de interpretar su legislación conforme al CEDH, en el caso *Hutchinson*, el TEDH declaró que la cadena perpetua obligatoria con una orden de por vida no viola el artículo 3 CEDH y, en definitiva, dio por válida una pena que carece de un plazo concreto de revisión.

A partir de estas resoluciones se suscita la duda de si la prisión permanente revisable cumple las exigencias establecidas por el TEDH consistentes en garantizar al penado una expectativa legal y práctica de liberación y si se establece un régimen de revisión que permita valorar los progresos del penado hacia la resocialización. Estos interrogantes se plantean, principalmente, para las condenas con los periodos de ejecución más largos, de hasta 28 o 35 años, previstos para los delitos de terrorismo, puesto que la Corte marca como límite para la revisión 25 años, aunque reconoce que no es competente para concretar este extremo.

### **Declaraciones del Tribunal Constitucional sobre la cadena perpetua.**

En España, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la cadena perpetua en casos de extradición, cuando la solicita un país para aplicar esta sanción o para juzgar por un delito castigado con ella (Roig, 2016). En la sentencia 181, por ejemplo, señaló que “la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del artículo 15 CE” (Tribunal Constitucional, 2004).

No obstante, el propio Tribunal ha considerado garantía suficiente para conceder la extradición, de acuerdo con la doctrina del TEDH, que en caso de imponerse dicha pena su ejecución “no sea indefectiblemente de por vida”, es decir, precisa que sea revisable (Tribunal Constitucional, sentencia 148, 2004). Por lo tanto, se debe reconocer al extraditado “la posibilidad de acogerse a medidas de revisión de pena o aplicación de medidas de clemencia con vistas a la no ejecución de la pena” (Tribunal Constitucional, sentencia 351, 2006) y, en este sentido, a los efectos de otorgar la extradición, basta que la condena sea revisable. Además, esta condición la plantea en sentido amplio, cuando alude a medidas de clemencia, en las que podría tener cabida el indulto.

Por otra parte, destaca que en la extradición el país requirente no está sometido a nuestra Constitución, aunque las autoridades no deben reconocer resoluciones que impliquen una vulneración de los derechos fundamentales. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros (Tribunal Constitucional, sentencia 43,1986). También:

[s]i los órganos judiciales españoles, siendo concedores de la eventual vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en el país de destino, no la evitan con los medios de que disponen, a dichos órganos habrá de serles imputables esa eventual vulneración de los derechos fundamentales del reclamado (Tribunal Constitucional, sentencia 32, 2003).

Pero el artículo 25.2 CE no contiene un derecho de esta naturaleza sino un mandato dirigido al legislador español que no vincula a otros Estados. De manera que en los recursos contra solicitudes de extradición en los que se ha alegado que la prisión perpetua podría violar dicho precepto, el Tribunal Constitucional ha rechazado que esa norma sirva de base por sí sola para fundar la pretensión de amparo al no recoger un derecho fundamental (Ortiz de Urbina, 2012, p. 8).

### **La prisión permanente revisable aplicable a terroristas.**

#### ***Especialidades para delitos de terrorismo.***

El artículo 33.2 CP califica la prisión permanente revisable como pena grave y el artículo 35 CP la incluye entre las penas privativas de libertad, al hilo de lo cual cabe recordar que, en el Anteproyecto original, no figuraba en estos preceptos (González, 2013); sin embargo, no cuenta con una normativa propia entre estas sanciones. En realidad, lo que se regula es la suspensión de la ejecución, además de algunas normas especiales de carácter penitenciario, relativas al acceso al tercer grado y permisos penitenciarios, y ciertos aspectos en cuanto a la determinación de pena (Roig, 2016).

El artículo 92 CP, en el apartado 1, establece los siguientes requisitos para suspender la prisión permanente revisable: que el penado haya cumplido 25 años, salvo lo dispuesto en el artículo 78 bis, que esté clasificado en tercer grado, y, que exista un pronóstico favorable de reinserción social (Landa y Serrano, 2013; Roig, 2014). Para dicho pronóstico, el Tribunal tendrá en cuenta la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, los bienes que podrían verse afectados por una reiteración delictiva, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. A tales efectos, valorará los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine (art. 92.1 c).

Pues bien, en el apartado 2 se añaden condiciones específicas para los delitos de terrorismo: si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código (crítico, Álvarez y Sanz, 2012). Esta norma se aplicará cuando una persona que pertenece, actúa, sirve o colabora a/con un grupo u organización terrorista cometa un delito castigado con prisión permanente revisable (asesinato -art. 140.1. 3º CP-, homicidio del Rey o la Reina o de los Príncipes de Asturias -art. 485.1 CP-, etc.) o si realiza varios y alguno de ellos conlleva esa pena, siempre que no rija el artículo 78 bis CP.

Esos requisitos son semejantes a los previstos para la libertad condicional ordinaria en el artículo 90 CP (Díez-Ripollés, 2013): que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista, y, que haya colaborado activamente con las autoridades. Esta colaboración podrá darse, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, para atenuar los efectos de su delito, para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. Estas acciones pueden acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, o mediante informes técnicos.

Estos presupuestos merecen críticas semejantes a las que hasta ahora planteaba su exigencia en la libertad condicional regulada en el artículo 90 CP: se vincula la suspensión de la pena al abandono de la actividad terrorista y se prevé como vía para acreditarlo una declaración de repudio que roza con la esfera de la moral, en la que el derecho penal no debe intervenir. A ello se suman los riesgos que esas exigencias pueden suponer para el reo, ante posibles represalias de la banda.

Ahora bien, en la prisión permanente revisable estas condiciones conllevan una carga añadida, puesto que la cooperación requerida se dificulta sustancialmente después de un periodo de prisión tan extenso, que en muchos casos impide al interno esa actuación positiva y puede suponer un obstáculo para obtener la sus-

pensión de la pena. Por otra parte, el artículo 36 CP prevé normas específicas para la clasificación en tercer grado y la concesión de permisos de salida: con carácter general, dispone que el acceso al tercer grado no se conceda a los condenados a prisión permanente revisable hasta cumplir 15 años, pero ese término será de 20 años en los delitos de terrorismo. Asimismo, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta los 8 años, y este término se aumenta a 12 años en esos delitos.

Además, el artículo 78 bis CP aplica plazos más largos cuando se condena por varios delitos, si alguno de ellos está castigado con prisión permanente revisable y el resto suman más de 5 años. El periodo mínimo de cumplimiento es de 25 o 30 años según los casos; sin embargo, en los delitos de terrorismo y delincuencia organizada ese tiempo se eleva a 28 y 35 años. Igualmente, el plazo para obtener el tercer grado oscila entre 18 y 22 años, pero se incrementa a 24 y 32 años en esas formas de criminalidad.

Asimismo, en materia de determinación de pena, el artículo 70.4 CP establece una regla específica, disponiendo que la pena inferior en grado a la prisión permanente es la pena de prisión de 20 a 30 años. Esto supone que, en caso de quedar el delito en grado de tentativa, si se enjuicia al cómplice, o si concurre alguna de las causas legalmente previstas para esa rebaja, no procederá esta sanción sino la prisión con la extensión indicada. En cambio, de la normativa no se deduce la exclusión de esta pena para los inductores y cooperadores necesarios, a los que en principio les corresponde igual pena que al autor al tenor del artículo 28.2 CP.

En todo caso, si se concede la suspensión de la pena, el artículo 92 CP fija un plazo de suspensión de entre 5 y 10 años; en cambio, si se deniega, el Tribunal deberá revisar la condena al menos cada 2 años. De todos modos, después de cumplir 28 o 35 años es difícil que la situación del condenado por terrorismo cambie en solo 2 años. Con estas revisiones periódicas el legislador trata de garantizar la adecuación al CEDH y la constitucionalidad de la pena.

### *Homicidios y asesinatos terroristas.*

La prisión permanente revisable se creó pensando en los homicidios y asesinatos terroristas. El Anteproyecto de Ley Orgánica 1 de 2015, reformó el apartado 2 del artículo 572 dándole la siguiente redacción: “2. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas atentaren contra las personas, incurrirán: 1. En la pena de prisión de duración indeterminada revisable si causaran la muerte de una persona”. Posteriormente, en la versión de once de octubre de 2012, se mantuvo esa misma disposición pero modificándose la denominación de la nueva pena, que pasaba a llamarse ‘prisión permanente revisable’, redacción que se mantuvo también en el Proyecto de 20 de septiembre de 2015.

En cambio, en el texto remitido al Senado (Cortes Generales, 2015), se suprime esa disposición y solo se prevé esta sanción para los asesinatos terroristas. De acuerdo con el artículo 140 CP, “[e]l asesinato será castigado con pena de prisión

permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...] 3.<sup>a</sup> Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal”.

Fue más tarde, con la Ley Orgánica 2 de 2015, cuando de nuevo se castigó el homicidio terrorista con prisión permanente revisable. En realidad, el artículo 573 bis CP, dispone:

[l]os delitos de terrorismo a los que se refiere el apartado 1 del artículo anterior serán castigados con las siguientes penas: 1.<sup>a</sup> Con la de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código si se causara la muerte de una persona.

La redacción no puede ser más confusa, pues no se dice expresamente que se aplique esa pena y, teniendo en cuenta que el artículo 35 CP clasifica la prisión permanente revisable como una pena privativa de libertad distinta de la prisión, podría interpretarse ese precepto en sentido estricto entendiéndose que la sanción procedente es la prisión. Pero de la tramitación parlamentaria se desprende que el propósito de los impulsores de la reforma era “que a los delitos de terrorismo con resultado de muerte les sea siempre aplicable la máxima pena privativa de libertad recogida en el Código penal” (Congreso de los Diputados, 2015, p. 88). Esta interpretación que identifica la pena del número 1º del artículo 573 bis CP con la prisión permanente revisable es absolutamente uniforme en la doctrina (Cano, 2015; Castellví, 2015a, 2015b; Queralt, 2015; Vázquez, 2015; Manzanares, 2015; Muñoz, 2015; Cuerda, 2016; García, 2016; Lamarca, 2016; Olmedo, 2016; Orts y González, 2016; Rueda, 2016).

En realidad, esa redacción ambigua fue fruto del Pacto contra el *yihadismo* entre los dos grupos parlamentarios mayoritarios (PP y PSOE), buscando una terminología que soslayase la referencia a la prisión permanente revisable a la que el último partido había votado en contra (García, 2012).

No obstante, el problema de fondo que plantea esta norma es la equiparación penológica entre el homicidio y el asesinato, cuando se califican como delitos de terrorismo según el artículo 573.1 CP, por cuanto se aplica la misma pena de prisión permanente a dos ilícitos distintos, que fuera de este contexto conllevan sanciones diferentes, conculcándose la debida proporcionalidad entre la gravedad del hecho y de la culpabilidad y la respuesta penal. Por otra parte, no se precisa si el número 1º del artículo 573 bis CP abarca los homicidios y asesinatos terroristas imprudentes. No obstante, haciendo una interpretación estricta, acorde con el artículo 12 CP, donde se dice que las acciones y omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley, y con el principio de intervención mínima, creo que ese precepto debe ceñirse a las muertes dolosas.

En conclusión, los homicidios y asesinatos terroristas se castigan con prisión permanente revisable y, si son varios, entra en juego el artículo 78 bis CP, en cuanto al periodo mínimo de cumplimiento y el acceso al tercer grado. En esta disposición no se dice nada en cuanto a los permisos de salida, por lo que entiendo que debe estarse a la regla general fijada para los delitos de terrorismo en el artículo 36.1 CP, donde se dispone que no podrán otorgarse hasta que el penado haya

cumplido un mínimo de 12 años. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha declarado que la posibilidad de conceder dichos permisos se conecta con el fin esencial de reeducación y reinserción social del artículo 25.2 CE (Tribunal Constitucional, sentencia 115, 2003).

### *Valoración de estas normas desde el prisma constitucional.*

A la vista de estos antecedentes cabe cuestionar la adecuación del régimen de la prisión permanente revisable a la Constitución, sobre todo, en lo que hace a la normativa prevista para los delitos de terrorismo. La problemática se centra, principalmente, en el periodo mínimo de cumplimiento que en estos casos puede alcanzar los 35 años, muy por encima del plazo normal de la mayoría de países europeos y de los 25 años indicados por el TEDH.

En primer lugar, la nueva pena suscita dudas desde el punto de vista del principio de resocialización del artículo 25.2 CE (De la Cuesta, 2009; Cuerda, 2012; Díaz-Maroto y Villarejo, 2012; Terradillos, 2012; Urruela, 2012; Acale, 2013; Cancio, 2013; Daunis, 2013; Ríos, 2013, 2014; Serrano, 2013; Hidalgo, 2013; Juanatey, 2013; Marín de Espinosa y González, 2013 Fernández, 2014; Fuentes, 2014; García, 2014; Grupo de Estudios de Política Criminal, 2015; Bonet, 2015; Carbonell, 2015; Cervelló, 2015a, 2015b). De acuerdo con las normas previstas para los concursos de delitos relacionados con el terrorismo, una persona puede tardar 32 años en acceder al tercer grado y 35 años hasta que se realice la primera revisión. Es decir, si ha ingresado con 18 años, cosa improbable por la tardanza de los procesos, no podrá salir en libertad antes de cumplir 53 años. Me parece dudoso que con un horizonte tan lejano se cumplan los requisitos marcados por el TEDH, consistentes en garantizar al interno una 'expectativa legal y práctica de liberación' y en regular un régimen que permita 'valorar los posibles cambios en la vida del penado y sus progresos hacia la resocialización'. Además, es difícil que una pena tan extensa pueda orientarse a la resocialización, teniendo presente que el sujeto es consciente del elevado número de años de reclusión que ha de cumplir de forma efectiva, de manera que es muy posible que su disposición a colaborar de cara a su reinserción social disminuya (Martín, 2012; Jaén, 2013).

Pero, el principio que de verdad flaquea es el de proporcionalidad: en el texto del Proyecto se argumenta que, con la introducción de esta pena, se quiere aumentar la confianza social en la Administración de Justicia. Por consiguiente, se busca mejorar la opinión de los ciudadanos respecto al sistema judicial, proporcionándoles las sentencias que desean, lo que se traduce en la imposición de penas más duras. Con todo, esa opinión pública está influida por los medios de comunicación y no se corresponde con la tasa real de delincuencia. En la medida, pues, en que en la adopción de este nuevo castigo han influido intereses ajenos a la tutela de bienes jurídicos esenciales, puede resultar vulnerado el principio de intervención mínima.

Precisamente, el TEDH (*Stafford vs. United Kingdom*, 2002), rechazó el argumento del Gobierno de mantener a una persona en prisión atendiendo a la opinión pública y afirmó que la confianza en el sistema de justicia penal no puede legitimar



la continuación del encarcelamiento de un prisionero que ha cumplido el tiempo mínimo si ya no es peligroso para la comunidad. Es decir, la opinión pública y la alarma social no son razones legítimas para mantener a una persona privada de libertad.

Además, la prisión permanente revisable se establece siempre con carácter preceptivo, sin dejarle al juzgador valorar las circunstancias del caso (Del Carpio, 2013) y se aplica en supuestos de entidad dispar, como en el indicado de homicidio o asesinato terroristas; lo mismo sucede con el asesinato que sigue a cualquier delito contra la libertad sexual (art. 140.1. 2ª CP) y el genocidio acompañado de muerte, agresión sexual o lesiones (art. 607 CP).

En conclusión, la regulación excepcional establecida para los delitos de terrorismo responde a la demanda represiva de un sector de la sociedad, como efectivamente reconoce la Exposición de Motivos de la LO 1 de 2015. Además, persigue la denominada ‘inocuidación’, es decir, el aislamiento del sujeto durante el mayor tiempo posible para que no delinca. Se parte, pues, de un fin de prevención especial que, como se verá, el Tribunal Constitucional alemán negó como fundamento de la prisión indefinida, por no ser fiables los pronósticos de peligrosidad y por el bajo porcentaje de reincidencia en los delitos de asesinato. Por ende, esas disposiciones que regulan la prisión permanente revisable para los delitos de terrorismo resultan injustificadas desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, en tanto no buscan solo proteger bienes jurídicos, sino también satisfacer a un sector de la población, pese a que su percepción de la delincuencia no se corresponde con las tasas de criminalidad real.

## El derecho alemán como modelo de la prisión permanente revisable

### Regulación legal de la cadena perpetua.

En el ordenamiento alemán el § 38 StGB (Código Penal) dispone: “1. La pena privativa de libertad es temporal, salvo que la ley imponga cadena perpetua. 2. La extensión máxima de la pena privativa de libertad temporal es 15 años, su extensión mínima es un mes”. Por lo tanto, en Alemania la cadena perpetua (*lebenslange Freiheitsstrafe*) se configura como una excepción a la privación de libertad temporal, de manera que el legislador la establece con carácter indefinido solo en supuestos extraordinarios (Fischer, 2006, 2012, 2015; Stree y Kinzig, 2006; Tröndle y Köhl, 2011).

Además, no se prevé siempre como sanción obligatoria, sino que, en algunos casos, se permite al Tribunal aplicar en su lugar una pena de prisión. En concreto, es preceptiva en el asesinato y el genocidio con muertes:

§ 220 a StGB (Genocidio): 1. Quien con intención de destruir entera o parcialmente un determinado grupo nacional, racial, religioso o étnico: 1º, mate a miembros del grupo, 2º, cause a miembros del grupo graves daños físicos o mentales, en especial del tipo del artículo 226, 3º, someta al grupo a condiciones de vida apropiadas para provocar total o parcialmente su destrucción física, 4º, imponga medidas que impi-

dan los nacimientos dentro del grupo, o 5°, traslade a la fuerza niños de un grupo a otro, será castigado con cadena perpetua. 2. En los casos menos graves de los apartados 2 a 5 del párrafo anterior, cabe no imponer cadena perpetua, si bien la pena privativa de libertad no será inferior a 5 años.

En cambio, es potestativa en delitos como el homicidio grave, alta traición; en efecto:

§ 81 StGB (Alta traición): 1. Quien se compromete, con violencia o a través de la amenaza de violencia, 1°, a perjudicar la existencia de la República Federal Alemana o 2°, a modificar el orden establecido en la Ley Fundamental, será castigado con pena de prisión, mínima de 10 años, o de cadena perpetua. 2. En casos de menor gravedad la pena de prisión será de 1 a 10 años.

También en los abusos sexuales a menores:

§ 176 b StGB (Abuso sexual a menor seguido de muerte): Si el autor causa por el abuso sexual (§§ 176 y 176<sup>a</sup>) la muerte del niño -menor de 14 años-, como mínimo por imprudencia, entonces el castigo será de cadena perpetua o de privación de la libertad no inferior a 10 años.

En la violación:

§ 178 StGB (Coacción sexual y violación seguida de muerte): Si el autor causa por la coacción sexual o la violación (§ 177) la muerte de la víctima, como mínimo por imprudencia, entonces el castigo será de cadena perpetua o de privación de la libertad no inferior a 10 años.

Y, en el robo:

§ 251 StGB (Robo seguido de muerte): Si el autor del robo (§§ 249 y 250) causa la muerte de otra persona, como mínimo por imprudencia, entonces el castigo será de cadena perpetua o de privación de la libertad no inferior a 10 años.

En estas últimas conductas es necesario que ellas vayan acompañadas de muerte causada, al menos, por imprudencia. Sin embargo, tanto el Tribunal Constitucional –*Bundesverfassungsgericht*– (BVerfGE 50, 5; NStZ 94, 183) como el Tribunal Supremo –*Bundesgerichtshof*– (BGH NStZ-RR 99, 171) han mantenido la posibilidad de imponerla en los supuestos de tentativa y de culpabilidad disminuida, aunque solo cuando sea proporcionada a las circunstancias del caso, y se aplica tanto al autor como al cooperador necesario.

Por lo tanto, las muertes terroristas pueden constituir un delito de homicidio del § 212 StGB, y en este caso el juez decide facultativamente si impone cadena perpetua o prisión temporal. Pero, habitualmente, tendrán encaje en el § 211 StGB que regula el asesinato, puesto que esos hechos se suelen cometer por medios que entrañan un peligro público y, entonces, conllevan necesariamente cadena perpetua.

§ 211 StGB (Asesinato):

1. El asesino se castigará con cadena perpetua.

2. Asesino es quien, por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho o para encubrirlo, mata a un ser humano.

§ 212 StGB (Homicidio):

1. Quien mata a una persona sin ser un asesino, será castigado como homicida con una pena privativa de libertad mínima de 5 años.
2. En casos especialmente graves cabe imponer cadena perpetua.

Por otra parte, el § 57a StGB regula la suspensión del resto de pena en la cadena perpetua:

§ 57 a StGB. Suspensión del resto de pena en la cadena perpetua:

(1) El tribunal suspenderá el resto de una pena de cadena perpetua, quedando el reo en libertad condicional cuando: 1. Se han cumplido 15 años de la pena, 2. La especial gravedad de la culpabilidad del condenado no haga necesario el resto de cumplimiento, y 3. Se den los presupuestos del § 57 párrafo 1, frase 1, n° 2 y n° 3. Rige el § 57 párrafo 1, frase 2 y párrafo 6 en lo pertinente.

(2) Como pena cumplida en el sentido del párrafo 1 frase 1 n° 1 rige toda privación de libertad que se haya impuesto al acusado con motivo del hecho.

(3) La duración del periodo de libertad condicional será de 5 años. El § 56 a párrafo 2 frase 1 y los §§ 56 b a 56 g y el § 57 párrafo 3, frase 2 y el párrafo 5 frase 2 rigen en lo pertinente.

(4) El tribunal puede fijar plazos máximos de 2 años, antes de cuyo vencimiento no se admite que el condenado presente una petición de que se le suspenda el resto de la pena.

Las remisiones efectuadas en el número 1 al § 57 StGB implican la exigencia de dos requisitos añadidos: que la suspensión “se pueda justificar teniendo en cuenta los intereses de la seguridad del público en general”, y, que “la persona condenada consienta.

De acuerdo con esta norma, la condena se revisa siempre a los 15 años, sin que se contemplen periodos mayores, ni siquiera para los casos de concurrencia de delitos graves, como en el supuesto emblemático de múltiples asesinatos terroristas. De todas formas, en estos sucesos los elementos de juicio que han de valorarse para resolver la suspensión abocarán con absoluta certeza a la prolongación de la prisión, aunque difícilmente se alcancen los 35 años que fija el artículo 78 bis CP de forma ineludible para dichas situaciones.

En efecto, para decidir si se suspende la ejecución se tiene en cuenta la gravedad de la culpabilidad, que se valora a la vista del delito cometido y de la personalidad del autor. De acuerdo con la jurisprudencia, la culpabilidad tiene un peso especial –*Schuldschwere*– cuando el autor mata a varias personas, o si usa una especial brutalidad o ensañamiento con la víctima. Además, es condición para la suspensión que ‘se pueda justificar teniendo en cuenta los intereses de la seguridad del público en general’, es decir, se atiende a la peligrosidad del sujeto. Finalmente, es llamativo el último requisito, puesto que es necesario que ‘el condenado dé su consentimiento a salir en libertad condicional’. De hecho, hay penados que optan por continuar en prisión, lo que revela que la reclusión puede tener un efecto tan

deshumanizador que el interno no se sienta capaz de salir en libertad y de adaptarse a la vida social (Serrano & Serrano, 2016).

Si se dan estos presupuestos, el Tribunal acuerda la suspensión de la pena y somete al condenado a condiciones durante un periodo de 5 años. En caso de no admitirla, podrá fijar un plazo máximo de 2 años durante el cual no cursará una nueva solicitud de libertad del penado.

Como se desprende de esta normativa, no se establecen reglas más estrictas, ni para supuestos de comisión de varios delitos graves, ni para los de terrorismo. En estos casos se puede prolongar la privación de libertad por encima de los 15 años, pero siempre conforme a los criterios generales señalados en el § 57a StGB. De todos modos, esos presupuestos legales incrementan notablemente las probabilidades de que el juez deniegue la suspensión, teniendo en cuenta que se valora la naturaleza del delito cometido y el peligro para la seguridad ciudadana, a la que se otorga prioridad absoluta, pues, sin duda, el supuesto que simboliza la mayor amenaza para esa seguridad pública actualmente lo constituye el fenómeno del terrorismo.

Recientemente, el tres de abril de 2017, el Tribunal Regional de Düsseldorf condenó a cadena perpetua al acusado que el diez de diciembre de 2012 puso una bomba en la estación central de Bonn, que no llegó a estallar al ser desactivada por la policía. En el juicio se alegó que era un artefacto falso porque no se halló ningún detonador. Pese a ello, el Tribunal estimó acreditado el intento de atentado y considera que la culpabilidad es elevada, por lo que excluyó la salida del condenado a los 15 años (Frankfurter Allgemeine, 2004).

Pues bien, la media de cumplimiento de la cadena perpetua en Alemania se sitúa en 19 años y en supuestos de extrema gravedad en 24 años, por debajo todavía del mínimo de 25 años que se prevé en nuestro derecho. Y esa diferencia se incrementa hasta 20 años cuando concurren delitos graves relacionados con el terrorismo, en los que la revisión no se hará antes de 28 o 35 años.

### **Justificación del Tribunal Constitucional alemán por razones expiatorias.**

El Tribunal Constitucional alemán se pronunció sobre la cadena perpetua en la sentencia de 21 de junio de 1977. En concreto analizó la establecida con carácter obligatorio para el asesinato, puesto que el órgano judicial que planteó la cuestión entendía que podía ser contraria a la Ley Fundamental al no poder el juez analizar las circunstancias en cada caso para valorar la oportunidad de imponerla.

El Tribunal la declaró conforme a la Ley Fundamental, pero estableció requisitos importantes para que no vulnere la dignidad que el artículo 1 de esa norma declara inviolable: en primer término, destaca la necesidad de reconocer al penado una oportunidad concreta y realizable de recuperar su libertad y añade que, a estos efectos, no basta la vía del indulto:

El delincuente no puede ser considerado un mero objeto de la lucha contra el delito como pretexto para violar sus derechos y valores sociales constitucionalmente

protegidos. Los presupuestos básicos de la existencia individual y social del hombre deben ser preservados. Del § 1 de la Ley Fundamental en relación con el principio del Estado social se deriva por ello –y esto es particularmente cierto para la prisión– la obligación del Estado de conseguir que todos tengan una existencia conforme a la dignidad humana. Y sería incompatible con la dignidad humana así entendida que el Estado reclamara para sí a un hombre, privado de su libertad, sin darle al menos la oportunidad de poder obtener la libertad de nuevo (párrafo 145) [...] Al examinar la constitucionalidad de la cadena perpetua se ha indicado, en especial bajo referencia al § 1 de la Ley Fundamental y al principio del Estado de Derecho, que una ejecución de la cadena perpetua que respete la dignidad humana sólo puede garantizarse si la persona condenada tiene una oportunidad concreta y realizable de poder recuperar más tarde la libertad; puesto que el núcleo de la dignidad humana se lesiona si el condenado, a pesar del desarrollo de su personalidad, debe renunciar a toda esperanza de recuperar su libertad. Bajo esta perspectiva, que permite que la ejecución de la cadena perpetua sea conciliable con la dignidad de la persona, de manera consistente con los requisitos constitucionales, no basta con el instituto del indulto (párrafo 191).

Además, declara que en la medida en que el condenado ha de poder alcanzar de nuevo su libertad, debe reconocérsele el derecho a la resocialización (Tribunal Constitucional alemán, 1977, sentencia, párrafo 177).

Por otra parte, el Tribunal analiza la cadena perpetua a la luz de los fines de la pena. En principio, rechaza su aplicación por motivos de prevención especial, dada la fragilidad de los pronósticos de peligrosidad, unida a los escasos índices de reincidencia en el asesinato:

El fin de la pena de la «prevención especial negativa» puede alcanzarse a través de la seguridad que supone internar al autor durante toda su vida. Pero saber si es necesario internar toda su vida al delincuente por razones de seguridad es algo que dependerá del riesgo de reincidencia. Este peligro es escaso, como se desprende de las estadísticas realizadas en el país (alrededor del 5 %), mientras que la tasa de reincidencia en delitos habituales es del 50 al 80 %. Este hecho hace pensar a los miembros del Tribunal regional que una finalidad que busque la seguridad no es justificación suficiente, por sí misma, para imponer cadena perpetua a los autores de un asesinato. La condena de cualquier asesino, como regla general, a cadena perpetua supone, en todo caso, que la cantidad de pena y con ello la duración de la privación de libertad no depende, en principio, del resultado de un pronóstico criminal extremadamente difícil y, a menudo, también muy inseguro a largo plazo. Pero la opción contraria, de someterse a ese pronóstico, elevaría el riesgo, pues criminales violentos peligrosos podrían ser liberados tras pasar cierto tiempo en prisión, gracias a un pronóstico incorrecto (párrafos 220 y 221).

En cambio, señala que no se conculca el fin de reinserción social, puesto que se revisa siempre la condena a los 15 años, de manera que la permanencia en prisión depende de la peligrosidad, pero no es inherente a la cadena perpetua:

La imposición de la cadena perpetua, en la medida en que prevé legalmente la suspensión de la pena, no se contradice con la idea de resocialización que sustenta la Constitución (“prevención especial positiva”). El asesino condenado a cadena perpetua tiene básicamente la oportunidad de obtener de nuevo la libertad tras cumplir

cierto tiempo de prisión... En todo caso, el objetivo de rehabilitación del sistema penal no puede llegar nunca a buen término respecto a un grupo de delincuentes, aquellos que siguen siendo peligrosos para la sociedad. Pero este peligro no se deduce de la condena a cadena perpetua, sino de las circunstancias particulares de la persona declarada culpable (párrafo 222).

Dice el Tribunal que, para el legislador, la pena cumple un fin expiatorio que justifica la aplicación de la cadena perpetua en delitos graves como el asesinato, es decir, responde a la pretensión de justicia de la sociedad:

Por último, nuestro sistema de sanciones penales admite como fines de la pena el dar una respuesta adecuada a la culpabilidad y también una expiación, y dado que el asesinato se sanciona por su extrema injusticia y elevada culpabilidad, la pena debe ser excepcionalmente alta. Esta pena también responde a la expectativa general de que se haga justicia. En consecuencia, el legislador amenaza a quien dispone de la vida de otro, cometiendo un asesinato, con la pena más alta que cabe. La función de la expiación de la pena es por ello fuertemente controvertida, en un momento en que la idea de la «defensa social» suscita un intenso debate. Si el legislador estima que la expiación es una finalidad legítima de la pena, puede deducirse que el asesino que arrebató una vida humana intencionadamente se arroga la culpabilidad más grave y su reintegración en la sociedad necesita una compensación de la misma, que es posible con una larga pena privativa de libertad que le permita la oportunidad de obtener la liberación (párrafos 223 y 224).

### **La intensificación del castigo de las asociaciones terroristas tras el *Otto-katalog*.**

A raíz de los atentados del once de septiembre de 2001 en EEUU, el Gobierno federal alemán aprobó un grupo de medidas antiterroristas en el denominado *Otto-Katalog* –debido al entonces Ministro del Interior que adoptó las medidas, Otto Chily– que entró en vigor el primero de enero de 2002 –*Gesetz zur Bekämpfung des Internationalen Terrorismus* o *Terrorismusbekämpfungsgesetz*–, limitando las garantías de los ciudadanos especialmente en cuanto a la protección de los datos personales. Pero, también, reguló en el § 129a del Código Penal (StGB) –precepto modificado por la Ley de mejora del intercambio de información en la lucha contra el terrorismo internacional (BGBl. I p. 1818), de 26 de julio de 2016, que entró en vigor el 30 de julio del mismo año– el delito de creación de asociaciones terroristas, sancionando, entre otras, las constituidas con el objetivo de cometer asesinatos, homicidios, o genocidios, castigados con cadena perpetua (Portero, 2007).

§ 129 a. Creación de asociaciones terroristas.

1) Será castigado con pena privativa de libertad de uno a diez años quien funde una asociación, o participe en ella como miembro, cuyos objetivos o actividades se dirijan a cometer:

1. Asesinatos (§ 211), u homicidios (§ 212), o genocidios (§ 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional) o delitos contra la humanidad (§ 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional) o delitos contra las leyes de la Guerra (§§ 8, 9, 10, 11 o 12 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

2.- Delitos contra la libertad personal en los casos del § 239 a o del § 239 b, o

2).- Del mismo modo se castiga a quien funde una asociación, o participe en ella como miembro, cuyos objetivos o actividades se dirijan a cometer alguno de estos hechos:

1.- Infligir a otra persona grave daño físico o mental, especialmente de la clase especificada en el § 226,

2.- Infracciones recogidas en §§ 303 b, 305, 305a o delitos que tengan peligrosidad en los casos de §§ 306 bis, 306c o 307, párr. 1 a 3, del § 308, párr. 1 a 4, § 309, párr. 1 a 5, §§ 313, 314 o 315 1, párr. 1, 3 o 4, § 316b párr. 1 o 3 o del § 316c párr. 1 a 3 o del § 317 párr. 1,

3.- Delitos contra el medio ambiente en los casos del § 330a Abs. 1 bis 3,

4.- Delitos conforme a § 19. párr. 1 a 3, § 20 párr. 1 o 2, § 20a. párr. 1 a 3, § 19 párr. 2, n.º. 2, o párr. 3 n.º 2, § 20 párr. 1 o 2 o § 20a. párr. 1 a 3, también en relación con el § 21, o de acuerdo con § 22a párr. 1 a 3 de la ley sobre el control de armas militares o

5.- Delitos según § 51 párr. 1 a 3 de tenencia ilícita de armas.

Será preciso que cualquiera de los actos mencionados en los apartados 1 a 5 esté destinado a intimidar a la población de manera considerable, a coaccionar a una agencia gubernamental u organización internacional por la fuerza o a amenazar por el uso de fuerza a las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o pretenda eliminar una organización internacional o afectar de manera significativa y dañar sustancialmente, por su naturaleza o sus efectos, un estado o una organización internacional.

3).- La pena privativa de libertad tendrá una extensión de seis meses a cinco años cuando la finalidad o actividad pretendida encaje en los delitos recogidos en el párrafo 1 y 2 antes indicados.

4).- De ser el autor cabecilla o instigador de la asociación, la pena privativa de libertad no será inferior a tres años, en los casos de los párrafos 1 y 2, y de uno a diez años, en los casos del párrafo 3.

5).- Quien apoye una asociación que pretenda cometer delitos de los apartados 1, 2 o 3, será castigado con pena privativa de libertad de seis meses a diez años, en el caso del apartado 3 la pena será de hasta cinco años de privación de libertad o de multa. Los que promuevan una asociación, con los fines de los apartados 1 o 2 serán castigados con prisión de seis meses a cinco años.

6).- El tribunal puede rebajar las penas cuando la culpa sea escasa y la colaboración del acusado tenga poca significación, en los casos previstos en los apartados 1, 2, 3 y 5, conforme a la discrecionalidad legal (§ 49 párr. 2).

7).- El § 129 párrafo 6 rige en lo pertinente.

8).- Cuando la pena privativa de libertad tenga una extensión mínima de seis meses, el Tribunal tendrá la facultad de imponer la inhabilitación para ejercer toda función pública y los derechos de sufragio pasivo (§ 45 párr. 2).

9).- En los casos de los apartados 1, 2, 4 y 5 el Tribunal puede añadir una libertad vigilada (§ 68 párr. 1).

Al interpretar esta norma, el Tribunal Supremo ha requerido que la organización que opera en Alemania tenga cierta autonomía decisiva y organizativa. Así lo declaró la Sentencia 179/2010, de 28 de octubre de 2010 (BGH 3 StR 179/10, 2010):

Una sub-organización de una asociación extranjera que opera en Alemania sólo se considera independiente y nacional, a efectos de integrar los §§ 129, 129 a StGB cuando cumple las condiciones personales, de organización, temporales y volitivas de esas normas. De ello se deduce que la agrupación parcial nacional tiene un grado suficiente de autonomía organizativa respecto de la organización extranjera (principal) cuando

realiza el proceso de toma de decisiones, que vincula a sus miembros, de modo independiente. Por esto, no es suficiente con que los integrantes del subconjunto interno alcancen consenso para someterse a la voluntad de toda la organización; se requiere más bien que el proceso de toma de decisiones se lleve a cabo en su totalidad en la agrupación nacional.

Sin embargo, durante el proceso de ilegalización de la organización terrorista islámica 'Estado Califal' de Colonia, se introdujo el § 129b StGB, redactado por la *Zehnten Zuständigkeitsanpassungsverordnung*, de 31 de agosto de 2015 (BGBl. I S. 1474), que entró en vigor el 8 de septiembre del mismo año con el fin de luchar contra el terrorismo internacional de modo más eficaz (Ambos, 2007):

§ 129 b. Las asociaciones criminales y terroristas en el extranjero. Confiscación y decomiso ampliado.

1.- Los §§ 129 y 129 a rigen también para asociaciones en el extranjero. A las asociaciones que se encuentren en países no miembros de la Unión Europea sólo se les aplicará cuando se cometan hechos comprendidos en el ámbito territorial de esta ley o cuando la víctima sea alemana o se encuentre en territorio nacional. En los casos de la segunda frase el hecho sólo será perseguido con autorización del Ministro de Justicia y para la protección del afectado. La autorización puede concederse para un caso individual o en general para la persecución de actos futuros cometidos por una asociación particular. Al decidir sobre la autorización, el Ministro valorará que los fines de la asociación ataquen los valores fundamentales del ordenamiento estatal que sustentan la dignidad del hombre o se dirijan contra la coexistencia pacífica de los pueblos y que esos fines parezcan reprochables, tras sopesar todas las circunstancias.

De modo novedoso, esta disposición amplía el ámbito punitivo y la competencia de los Tribunales penales alemanes a las asociaciones terroristas constituidas fuera de Alemania (Álvarez y González, 2006). De alguna manera, esta norma forma parte del derecho penal 'de la integración' que se ha abierto paso en Alemania en los últimos años, caracterizado por globalizar, no solo la economía y el conocimiento científico, sino también la pobreza, la delincuencia y el terrorismo, con la correspondiente respuesta penal (Velásquez, 2009).

Por otra parte, cabe apuntar que esa dureza legal y jurisprudencial contra los condenados por terrorismo, especialmente cuando han perpetrado o han intentado causar alguna muerte, también se extiende a la prisión preventiva, que se suele prolongar y se entiende justificada por la gravedad de esos hechos. Así, en la sentencia 21 de 14 de julio de 2016 (BGH StB 21/16, 2016), declaró proporcionada la privación de libertad durante un año y nueve meses, en virtud de los criterios marcados para la detención provisional en los delitos de terrorismo (sospecha de apoyo inminente a una organización terrorista extranjera, que se trate de un delito grave, y que haya riesgo de fuga).

### **El internamiento indefinido en el Proyecto de ley de derechos del inmigrante (*Zuwanderungsgesetz*).**

Junto a las medidas adoptadas en el llamado *Otto-Katalog*, el ministro Schily pretendió introducir en la nueva ley de inmigración que se estaba tramitando un



régimen de internamiento de seguridad de carácter indefinido, sin juicio previo, para sospechosos de terrorismo que no pudieran ser extraditados. Para ello, bastaba la sospecha de que un individuo tenía contactos con organizaciones terroristas internacionales. En la comisión interparlamentaria creada para negociar el contenido del nuevo texto se rechazó ese capítulo, pero hubo consenso sobre la posibilidad de extraditar a un sospechoso o, en caso de no ser posible, someterlo a régimen de internamiento a partir de un pronóstico de peligrosidad. En concreto, esas decisiones se podrían adoptar cuando existan sospechas de que una persona ha estado en un campo de entrenamiento de la red terrorista *Al Qaeda*, que ha luchado en Chechenia o que ha distribuido vídeos de la *yihad* islámica.

Finalmente, se aprobó la Ley de derechos del inmigrante (*Zuwanderungsgesetz*), basada en el Proyecto de tres de agosto de 2001 del ministro Otto Schily, que entró en vigor el primero de enero de 2005, bajo el título *Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern*, modificada después por las leyes de 28 de marzo de 2007 y 27 de abril de 2012, a fin de adaptarla a la normativa europea. En esta disposición se establecieron numerosas medidas de control y seguridad respecto de los extranjeros –llaman la atención algunas disposiciones como la expulsión obligatoria del extranjero condenado por tráfico de drogas (§ 53.2), y la expulsión facultativa si “abusa de drogas peligrosas como cocaína y heroína, sin hacer esfuerzos de rehabilitación [...] pone en peligro con su conducta la salud pública [...]” (§ 55.2)–, pero no se incluyó el polémico internamiento indefinido, que resultaba contrario a los principios consagrados en la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) y, particularmente, a la dignidad proclamada en el artículo 1. En la redacción final se contempló tan solo el internamiento a efectos de garantizar la orden de expulsión:

§ 55. Expulsión por regla general: un extranjero será expulsado por regla general cuando: [...] 5.- existan indicios que lleven a concluir que pertenece o ha pertenecido a alguna asociación que apoya el terrorismo o apoya o ha apoyado una asociación de ese tipo, y si perteneció o la apoyó en el pasado, la expulsión podrá justificarse si existen razones de peligro en el presente.

Ello, de forma similar a la prevista en España y en otros ordenamientos europeos y se dejaba fuera una medida que recordaba a Guantánamo; en efecto:

§ 54A. Vigilancia de ciertos extranjeros por razones de seguridad interior:

- 1).- Un extranjero contra el que se emite una orden de expulsión por infringir el apartado 5º o el 5º A del § 54 o una orden de deportación del § 58A quedará sometido a la obligación de comparecer, al menos una vez por semana, en el retén policial más cercano a su domicilio, hasta que la autoridad de extranjería no resuelva lo contrario. Si la orden de expulsión iniciada se motiva en otra causa, podrá acordarse esa obligación de comparecencia si se motiva por razones de seguridad o de orden público.
- 2).- Su residencia estará limitada al distrito de la autoridad de extranjería, hasta que la autoridad de extranjería no resuelva lo contrario.
- 3).- Podrá ser obligado a vivir en otro lugar o en determinados alojamientos, incluso fuera del distrito de la autoridad de extranjería, cuando esto sea necesario, para ejecutar la orden de expulsión, impedir o prevenir su incumplimiento, y poder también

así supervisar el cumplimiento de las órdenes e instrucciones legales que se hayan impuesto.

4).- Para lograr su identificación, los extranjeros podrán ser sometidos a medidas de control de sus comunicaciones [...]

5).- Las disposiciones de los apartados 1 a 4 quedan suspendidas si el extranjero se encuentra preso. Las disposiciones de los apartados 3 y 4 son ejecutivas inmediatamente.

## Conclusiones

El derecho alemán ha tenido una clara influencia en la normativa de la prisión permanente revisable. De hecho, se regula esencialmente su suspensión y se establecen criterios para efectuar el pronóstico de peligrosidad similares a los enumerados en el § 56 StGB para la suspensión de la pena de prisión. Por eso, teniendo en cuenta que Alemania sufre en general unos índices mayores de delincuencia (Ussía, 2017), la atención al régimen de la cadena perpetua previsto en ese país puede servir como referente para valorar si están o no justificadas las condiciones excepcionalmente rigurosas establecidas para la nueva pena en los delitos relacionados con el terrorismo, especialmente si existe concurrencia delictiva.

Pues bien, cabe afirmar que, en general, la normativa sobre la suspensión es más beneficiosa en la legislación germana. La revisión se efectúa siempre a los 15 años y lo normal es que se excarcele al penado, salvo en casos particularmente graves. La media de cumplimiento es de 19 años y de 24 años en hechos de extrema entidad. Este tiempo no llega siquiera al término de 25 años previsto para la prisión permanente revisable con carácter general en España y mucho menos a los 35 años señalados en el artículo 78 bis CP para los casos de concurrencia de delitos graves relacionados con el terrorismo.

Ahora bien, en Alemania la cadena perpetua se aplica cuando el delito queda en grado de tentativa y no solo a los autores, sino, también, a los partícipes, mientras que, en nuestro sistema, cualquier causa que determina la rebaja de la pena en grado, sea por tentativa, complicidad, concurrencia de atenuantes, de una muy cualificada, o de una eximente incompleta, supone la exclusión de la prisión permanente y la aplicación de una pena de prisión, aunque considerablemente elevada, pues oscila entre 20 y 30 años.

De todos modos, el contraste entre ambos ordenamientos lleva a concluir que la prevención y la tutela de los bienes cubiertos por la prisión permanente no justifican dos regímenes de tan dispares en cuanto al tiempo de privación efectiva de libertad.

Por otra parte, en el Código Penal español se han introducido normas de naturaleza penitenciaria que no figuran en el texto punitivo alemán, lo que ha dado lugar a una regulación dispersa totalmente inadecuada desde el punto de vista de la seguridad jurídica (Redondo, 2009; Asencio, 2010; Boldó, 2013; Cervelló, 2015).

En suma, la prisión permanente revisable adolece de un rigor excesivo, atendiendo al volumen de delincuencia en nuestro país y específicamente al porcentaje de

asesinatos, que es el principal delito sancionado con esta pena. Esta severidad lleva a poner en tela de juicio la adecuación de esta nueva sanción a los principios constitucionales, particularmente los de proporcionalidad y resocialización. Las críticas se centran en la normativa excepcional introducida para los delitos relacionados con el terrorismo y la delincuencia organizada. Además, la incorporación al Código Penal de previsiones penitenciarias específicas, que afectan sobre todo a estas formas de criminalidad, ha dado lugar a un régimen contrario al principio de certeza.

En definitiva, bajo el paraguas de las garantías constitucionales y singularmente del principio de resocialización del artículo 25.2 CE el legislador ha tratado de legitimar un régimen mucho más estricto que el alemán, donde el Tribunal Constitucional ha declarado abiertamente que la cadena perpetua cumple un fin expiatorio y a partir de esta constatación es mucho más exigente en cuanto a las condiciones que han de observarse para que la prisión indefinida sea conforme a la dignidad garantizada en la Ley Fundamental. Es decir, en la ley de reforma se ha hecho un uso artificioso del fin resocializador para justificar una limitación desproporcionada de la libertad, proclamada como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, olvidando además la dignidad de la persona amparada también en el texto constitucional.

## Referencias

- Abel, M. (2015a). Life imprisonment: criminal penalty theories and its practice in a global era. *Seventh Session of the International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era*. Beijing. Recuperado de [https://www.unodc.org/ngo/showSingleDetailed.do?req\\_org\\_uid=23477](https://www.unodc.org/ngo/showSingleDetailed.do?req_org_uid=23477)).
- Abel, M. (2015b). Cadena perpetua y delitos contra la comunidad internacional (arts. 605.1, 607 y 607 bis). En J. L. González (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (2 ed.) (pp. 1355-1374). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Acale, M. (2016). *La prisión permanente revisable: ¿Pena o cadalso?* Madrid: Iustel.
- Acale, M. (2013). En F. J. Álvarez (Dir.) y J. Dopico (Coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (pp. 179-200). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Álvarez, E. y González, H. (2006). Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales. *Real Instituto Elcano, ARI* (7). Recuperado de <http://www.realinstitutoelcano.org>.
- Álvarez, F. J. (2014). La nueva reforma penal de 2013. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* (6), pp. 14 y ss.
- Ambos. K. (2007). *El Derecho penal frente a amenazas extremas*. Madrid: Dykinson.
- Asencio, J. (2010). Cadena perpetua revisable. Una medida dudosamente constitucional. *Práctica de Tribunales* (70), 3-5.

- Boldó, G. (junio, 2013). Prisión permanente revisable y falta de seguridad jurídica. *Diariojurídico*. Recuperado de <http://www.diariojuridico.com>.
- Bonet, M. (marzo, 2015). 8 razones por las que la reforma del Código penal recorta las garantías de la ciudadanía (26). Recuperado de <http://www.eldiario.es>.
- BGH 3 StR 179/10, Urteil vom 28. (Oktober 2010) -OLG Frankfurt am Main-. Recuperado de <https://dejure.org>
- BGH StB 21/16 - 14. Juli 2016 -OLG Stuttgart- [= HRRS 2016 Nr. 782]. Recuperado de <https://dejure.org>
- Cámara, S. & Fernández, D. (2016). *La prisión permanente revisable: el Ocaso del Humanitarismo Penal y Penitenciario*. Pamplona: Aranzadi.
- Cancio, M. (2013). La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código penal. *Diario La Ley* (8175), Recuperado de <http://diariolaley.laley.es>.
- Cano, M. (2015). Los delitos de violencia doméstica y en el ámbito familiar o asimilado y los de trata de seres humanos. En L. Morillas (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado* (pp. 917-923). Madrid: Dykinson.
- Carbonell, J. (2015). Prisión permanente revisable I (arts. 33 y 35). En J. L. González (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (2 ed.) (pp. 211-222). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Caso Stafford *vs.* United Kingdom. (2002, mayo 28). Sentencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>
- Caso R. *vs.* Bieber (2008, julio 23). Court of Appeal (Criminal Division). Recuperado de [file:///D:/368\\_201042\\_95337.pdf](file:///D:/368_201042_95337.pdf)
- Caso R. *vs.* David Oakes and Others (2012, noviembre 21). Royal Courts of Justice, London. Recuperado de <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Judgments/r-v-david-oakes-and-others.pdf>
- Caso Vinter *vs.* United Kingdom (2013, julio 9). Sentencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>
- Caso Vinter *vs.* United Kingdom (2014, febrero 18). Sentencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>
- Caso Hutchinson *vs.* United Kingdom (2015, febrero 3). Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>

- Caso *Hutchinson vs United Kingdom* (2017, enero 17). Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>
- Castellví, C. (2015a). Terrorismo. En M. Corcoy (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial* (T. I) (pp. 768-782). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Castellví, C. (2015b). De los delitos de terrorismo. En M. Corcoy y S. Mir (Dirs.), *Comentarios al Código penal* (pp. 1734-1736). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cervelló, V. (2015a). *Prisión perpetua y de larga duración*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cervelló, V. (2015b). Prisión permanente revisable II (art. 36). En J. L. González (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (2 ed.) (pp. 737-782). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Consejo Fiscal. (2012). Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995.
- Consejo General del Poder Judicial. (2013). *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.
- Cuello, J. y Mapelli, B. (2015). *Curso de Derecho penal. Parte general* (3 ed.). Madrid: Tecnos.
- Cuerda, M. L. (2016). En Vives, T. S. et al. (Autores) & J. L. González (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 5 ed. (pp. 767 y 768). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cuerda, A. (2011). *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*. Barcelona: Atelier.
- Cuerda, A. (2012). Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión. *Otrosí* (12), 29-33.
- Daunis, A. (2013). La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (10), 65-114.
- De la Cuesta, J. L. (2009). El principio de humanidad en el Derecho penal. *Eguzkilore* (23), 209-225.
- Del Carpio, J. (2013). La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal (1). *Diario La Ley* (8004). Recuperado de <http://diariolaley.laley.es>.
- Díaz-Maroto y Villarejo, J. (2012). El afán de reformar. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (25), 11-16.
- Díez-Ripollés, J. (2006). Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI. *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 1 (4), 1-19.

- Díez-Ripollés, J. (24 de febrero de 2015). *La pena de prisión permanente revisable es una cadena perpetua, y de las más duras*. Recuperado de [http://www.eldiario.es/andalucia/Jose-Luis-Ripolles-Derecho-Penal\\_0\\_360114085.html](http://www.eldiario.es/andalucia/Jose-Luis-Ripolles-Derecho-Penal_0_360114085.html)
- Díez-Ripollés, J. (2013). Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de reforma del Código penal de 2012. En F. Álvarez (Dir.) y J. Dopico (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (p. 49-66). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández, D. (2014). Una propuesta revisable. *La Ley Penal* (110), 75-87.
- Fernández, J. (2014). Las penas privativas de libertad en la reforma de Gallardón: especial referencia a la prisión permanente revisable. En A. Pérez (Dir.) y M. Gorjón (Coord.), *El Proyecto de reforma del Código penal de 2013, a debate* (pp. 49-73). Madrid: Dykinson.
- Fischer, T. (2012). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (59 Edición) (pp. 323 y ss.). München: C. H. Beck.
- Fischer, T. (2015). Höchststrafe Schafft Lebenslang ab! *Zeit on line*. Recuperado de <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-02/lebenslange-freiheitsstrafe-schuld>.
- „Frachtpreise“ bringen Moeller-Maersk-Aktie kaum noch weiter. (26 de marzo de 2004). *Frankfurter Allgemeine*. Recuperado de <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/aktien/konglomerate-frachtpreise-bringen-moeller-maersk-aktie-kaum-noch-weiter-1141625.html>
- Fuentes, J. (2014). ¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente revisable: el modelo vigente y la propuesta de reforma. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (21). Recuperado de <http://www.ugr.es>.
- García R. (2016). Art. 564. En G. Quintero (Dir.) y F. Morales (Coord.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II. Pamplona: Aranzadi.
- García, E. y Díez-Ripollés, J. (2013): *La Administración de justicia según los datos*. Málaga: Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología.
- García, E.; Díez-Ripollés, J.; Pérez, F.; Benítez M. y Cerezo, A. (2010). Evolución de la delincuencia en España: análisis longitudinal con encuestas de victimización. *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 2 (8), 1-27.
- García, N. (2014). El Proyecto de reforma del Código penal de 2013 como programa inocuidador de delincuentes peligrosos (Prisión permanente revisable y medidas de seguridad indeterminadas). *Diritto Penale Contemporaneo* (3-4), 178-199.
- García, C. (septiembre, 2012). El doble flujo de la legislación penal y sus límites: la cadena perpetua. *Diario Cuartopoder*. Recuperado de <http://www.cuartopoder.es>.
- Gobierno de España (2015). *Informes*. Recuperado de <http://www.interior.gob.es/prensa/balances-e-informes/2015>

- González, M. (2013). Prisión perpetua: Arts. 36 (3 y 4), 70, 76 y 78 bis CP. En F. J. Álvarez (Dir.) y J. Dopico (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (pp. 205-222). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Grupo de estudios de política criminal (febrero, 2015). No hay derecho. Por un Código penal de todos. *Comunicado ante la reforma del Código penal*. Recuperado de <http://www.gepc.es/web>.
- Hidalgo, S. (2013). Comentario jurídico-social sobre la modificación del Código penal. La prisión permanece revisable en España. *Revista General de Derecho Penal* (19). Recuperado de <http://www.iustel.com>.
- Jaén, M. (2013). Prisión permanente revisable. *El Cronista del Estado Social y Democrático* (35), 44-50.
- Jaén, M. y Perrino, A. (2015). *La Reforma penal de 2015*. Madrid: Dykinson.
- Juanatey, C. (2012). Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (LXV), 127-153.
- Juanatey, C. (2013). Una «moderna barbarie»: la prisión permanente revisable. *Revista General de Derecho Penal* (20). Recuperado de <http://www.iustel.com>.
- Juanatey, C. (2016). *Manual de Derecho penitenciario*. Madrid: Iustel.
- Kühl, K. (2011). *Strafgesetzbuch Kommentar* (27 Auflage). München: C. H. Beck.
- Lamarca, C. (2016). Delitos contra el orden público. En C. Lamarca (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal* (pp. 993-994). Madrid: Dykinson.
- Landa, J. (2015). Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (17-20), 1-42.
- Lascuraín, J.A. (2015). Carta a los Senadores: protéjannos de la pena. *Claves de razón práctica* (239), 66-75.
- Manzanares, J. (2015). *La reforma del Código penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*. Madrid: La Ley.
- Marín de Espinosa y Ceballos, E. B. y González, M. (2013). Prisión perpetua (Art. 36.3 y 4 CP). En F. J. Álvarez (Dir.) y J. Dopico (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (pp. 201-204). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martín, J. (2012). Inconstitucionalidad de la cadena perpetua. *Actualidad Jurídica Aranzadi* (854), 6.
- Mir, S.; Gómez, V. y Valiente, V. (2015). *Derecho penal. Parte general* (10 ed.). Barcelona: Reppertor.

- Muñoz, F. (2012). Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella. *Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico* (11), 250-273.
- Muñoz, F. (2015). *Derecho penal. Parte especial* (20 ed.) Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. y García, M. (2015). *Derecho penal. Parte general* (9 ed.) Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nistal, J. (2010). ¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de «cadena perpetua» como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinsertables? *La Ley Penal* (68), 2.
- Olmedo, M. (2016). De las organizaciones y grupos terroristas. Delitos de terrorismo. En Morillas (Dir.), *Sistema de Derecho penal. Parte especial* (pp. 1423-1426). Madrid: Dykinson.
- Orts, E. y González, J. L. (2016). *Compendio de Derecho penal. Parte general* (6 ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ortiz, I. (2012). El Tribunal Constitucional tiene las manos atadas frente a la prisión permanente revisable. *Iuris: Actualidad y Práctica del Derecho* (176), 8.
- Portero, M. (2007). *Regulación penal del terrorismo en los países miembros de la Unión Europea*. Recuperado de <https://investigacion.uclm.es>.
- Queralt, J. (2015). *Derecho penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Reino de España. Ministerio de Justicia. (2012). *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Recuperado de <http://www.juecesdemocracia.es/ActualidadMJU/2012/Anteproyecto%20de%20reforma%20de%20CP%202012.pdf>
- Reino de España. Consejo de Estado. (junio, 2013) *Dictamen sobre el Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 27 de junio de 2013 (Consideración séptima)*.
- Reino de España. Ley Orgánica 1 de 2015. Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE No. A-2015-3439. Congreso de los Diputados, marzo de 2015.
- Reino de España. Ley Orgánica 2 de 2015. Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. BOE No. A-2015-3440. Congreso de los Diputados, marzo de 2015.
- Reino de España. (marzo, 2015). *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, X Legislatura*.
- Reino de España. (2015). *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 2015, X Legislatura, n.º 69, Sesión Plenaria, n.º 252*.



- Ramírez, J. y Rodríguez, J. (2013). Fin de trayecto: custodia de seguridad, libertad vigilada y prisión permanente revisable, en el Anteproyecto de reforma del Código penal. *Jueces para la Democracia* (76), 50-80.
- Redondo, A. (2009). La cadena perpetua en el Derecho español. *La Ley Penal* (62), 4.
- Ríos, J. (2013). La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Extra), 177-212.
- Ríos, J. (2014). La pena de prisión permanente revisable. Razones de su inconstitucionalidad. En M. Valle Mariscal de Gante (Coord.), *La reforma penal de 2013: Libro de Actas. Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid* (pp. 21-62). Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Roig, M. (2013). La cadena perpetua: los modelos inglés y alemán. Análisis de la STEDH de 9 de julio de 2013. La «prisión permanente revisable» a examen. *Cuadernos de Política Criminal* (111), 97-144.
- Roig, M. (2014). La suspensión de la pena en el Proyecto de reforma del Código penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor. *Revista Penal* (33), 170-207.
- Roig, M. (2016). *La cadena perpetua en el Derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable*. Madrid: Iustel.
- Rueda, M. (2016). En C. Romeo, E. Sola y M. Á. Boldova (Coords.), *Derecho penal. Parte especial* (pp. 828 y ss.). Granada: Comares.
- Sáez, C. (2013). Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código penal español. *InDret*. Recuperado de <http://www.indret.com>.
- Sanz, N. (2012). De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (14-10), 1-29. Recuperado de <http://www.criminet.ugr.es/recpc>.
- Sanz, N. (2016). La pena privativa de la libertad y sus alternativas. En I. Berdugo (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo VI. Derecho penitenciario* (2 ed.) (pp. 13-38). Madrid: Iustel.
- Sentencia 43 (1986, abril 15). Tribunal Constitucional.
- Sentencia 32 (2003, febrero 13). Tribunal Constitucional.
- Sentencia 148 (2004, septiembre 13). Tribunal Constitucional.
- Sentencia 181 (2004, noviembre 2). Tribunal Constitucional.
- Sentencia 135 (2006, diciembre 11). Tribunal Constitucional.
- Sentencia. (1977, junio 21). Az. 1 BvL 14/76. Tribunal Constitucional alemán.

- Serrano, A. (2013). Notas al Anteproyecto de reforma del Código penal español de octubre de 2012. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (15). Recuperado de <http://criminet.ugr.es>.
- Serrano, A. (2014). La «Prisión Permanente Revisable» en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal Español. En A. Ferreira; A. Serrano y S. Marlice (Coords.), *Estudos de Direito Penal, Processual e Criminologia em Homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener*, Conselho da Justiça Federal. Brasília: Centro de Estudos Judiciários.
- Serrano, A. y Serrano, I. (2016). *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*. Madrid: Dykinson.
- Serrano, M. (2012). La prisión permanente revisable. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (25), 167-187.
- Stree, W. y Kinzig, J. (2006). En A. Schönke y H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar* (27 Auflage). München: C. H. Beck.
- Tamarit, J. (2015). La prisión permanente revisable. En G. Quintero (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015* (pp. 93-100). Pamplona: Aranzadi.
- Terradillos, J. (2012). La reforma española de 2012. Líneas maestras. *Revista Nuevo Foro Penal* 7(78), 13-31.
- Tröndle, H. y Fischer, T. (2006). *Beck'sche Kurz Kommentare. Band 10*. München: C. H. Beck.
- Unión Europea (2015). *La criminalidad descende un 3,6% en 2014 y posiciona a España entre los países más seguros del mundo*. En Gobierno de España. Recuperado de [http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset\\_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/3283275](http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/3283275)
- Urruela, A. (2012). La cadena perpetua revisable en la legislación española desde la perspectiva del Derecho penal. *Actualidad Jurídica Aranzadi* (838), 9.
- Usía, A. (20 de septiembre de 2017). España, tercer país europeo con la tasa de criminalidad más baja. *La razón.es*. Recuperado de <http://www.larazon.es/espana/espana-tercer-pais-europeo-con-la-tasa-de-criminalidad-mas-baja-FA10762632#.Ttt1g2FNrv4AMa>
- Vázquez, C. (2015). *Código penal comentado*. Barcelona: Atelier.
- Velásquez, F. (2009). Del Derecho penal funcionalista al Derecho penal de la integración. *Cuadernos de Derecho Penal* (1). Recuperado de [http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos\\_de\\_derecho\\_penal/article/viewFile/360/304](http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/viewFile/360/304).



# LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS

## *THE PARTICIPATION OF VICTIMS AND THE PRINCIPLE OF EQUALITY OF ARMS*

*María Isabel Santos Ramos\**

### **Resumen**

Con la promulgación de la Ley 906 de 2004 se implantó un sistema penal acusatorio, razón por la cual a la víctima se le concedieron escasos escenarios de participación encomendando la defensa de sus intereses a la Fiscalía General de la Nación. Por lo anterior, la Corte Constitucional, con el fin de asegurar la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, les concedió ciertas prerrogativas que se concretan en una participación activa y directa en el proceso, lo cual genera una vulneración del principio de igualdad de armas entre acusador y acusado. Por ello, en este trabajo se pretende encontrar el punto medio en donde la balanza no se incline a favor de este interviniente especial y en desfavor de una de las partes que conforman la contienda.

### **Palabras claves**

Víctima, participación, igualdad de armas, partes, proceso penal acusatorio.

### **Abstract**

With the enactment of Law 906 of 2004, an accusatory criminal system was introduced, which is why the victim was granted few participation scenarios by entrusting the defense of his interests to the Attorney General's Office. Therefore, in order to ensure the protection of victims' rights to truth, justice and reparation, the Constitutional Court granted them certain prerogatives that involve active and direct participation in the criminal process. Which generates a violation of the principle of equality of arms between accuser and accused. Therefore, this paper seeks to find the middle point where the balance does not lean in favor of this special intervener and in desfavor of one of the parties that make up the contest.

### **Keywords**

Victim, participation, equality of arms, parts, accusatory criminal proceedings.

---

\* Magistrada Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; Maestra en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

## Introducción

A partir del Acto Legislativo 03 de 2002, por medio del cual se modificaron los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Nacional, y, con la consecuencial promulgación de la Ley 906 de 2004, se implantó en nuestro país un sistema procesal penal acusatorio que se caracteriza, principalmente, por la separación entre las funciones de investigación y acusación y la de juzgamiento; el control judicial de la limitación de derechos fundamentales por parte del juez de control de garantías; la instauración del principio de oportunidad; el juicio orientado por los principios de oralidad, contradicción, intermediación y publicidad; y, por último, sin que ello signifique que sea menos importante, un procedimiento que reconoce al acusador y al acusado la condición de partes iguales, razón por la que a la víctima se le concedían escasos escenarios de participación y se encomendó la defensa de sus intereses a la Fiscalía General de la Nación.

Frente a la anterior realidad, la Corte Constitucional, con el fin de asegurar la protección efectiva de los derechos constitucionales de la víctima a la verdad, la justicia, la reparación y al acceso a la administración de justicia, le reconoció derechos y facultades que no estaban plasmados en la Ley 906 de 2004, los cuales se concretan en una participación activa y directa en la contienda. Así, por ejemplo, se le permite presentar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, pedir la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías y participar en el descubrimiento probatorio, entre otras facultades.

Lo anterior genera una disyuntiva, pues, por un lado, se tiene a una víctima que interviene de forma directa y activa en el proceso penal para asegurar la garantía de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación (principio del libre acceso a la administración de justicia); y, por el otro, está el marco de un proceso penal adversarial, constituido de forma primordial como un sistema de garantías que opera a partir del principio rector de la igualdad de armas entre acusador y acusado. Ello obliga a preguntarse si la intervención de la víctima en el proceso penal nacional, tal y como está concebida en la actualidad, vulnera el principio de igualdad de armas.

A fin de resolver el problema jurídico planteado con esa pregunta, el objetivo principal de esta incursión académica es determinar si la intervención de la víctima de manera activa y directa en el proceso penal colombiano, vulnera o no el principio de igualdad de armas. Además, se persiguen los siguientes objetivos específicos: conocer el concepto del principio de igualdad de armas; analizar las decisiones proferidas por la Corte Constitucional por medio de las cuales le otorga facultades a la víctima para intervenir de manera activa y directa en el proceso penal; determinar cuáles son las facultades de la víctima en el proceso penal acusatorio adoptado; conocer las posiciones doctrinales acerca de la intervención de la víctima en la contienda. También, establecer si dichas facultades atentan contra el principio de igualdad de armas y evaluar el grado de vulneración del mismo con el ejercicio de las facultades otorgadas; finalmente, sugerir una regla en cuya virtud se logre encontrar el equilibrio entre los derechos de las víctimas a interve-

nir en el proceso y el principio de igualdad de armas y, así, evitar que la balanza se incline a favor de este interviniente especial y en disfavor de una de las partes que conforman la contienda. Todo ello, obliga a hacer un verdadero test de proporcionalidad o de razonabilidad, a manera de guía metodológica para, como dice la Corte Constitucional,

[d]ar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual? (Sentencia C-022 de 1996).

Para ello, en primer lugar, y con base en una metodología analítica deductiva y crítica, se aborda el origen y el concepto del principio de igualdad de armas, a cuyo efecto se examinan algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; también se miran los aportes de doctrinantes internacionales sobre el asunto. Y, por supuesto, la noción que brindan la Corte Constitucional, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y los autores colombianos; para finalizar, se emite un concepto propio.

Luego, en segundo lugar, se examina la postura asumida por la Corte Constitucional para quien las amplísimas facultades otorgadas a la víctima no generan una desigualdad de armas ni alteran los rasgos fundamentales del sistema penal con tendencia acusatoria, ni implican una transformación del papel de interviniente especial que ella tiene dentro del sistema procesal penal; antes por el contrario, se dice, garantizan no solo que las normas encargadas de regular lo concerniente a su participación tomen en cuenta sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, amén de la existencia de mecanismos idóneos para asegurar su protección efectiva.

Se destaca que la posición asumida por la Corte Constitucional no es aceptada de manera pacífica por la comunidad jurídica, por lo cual se estudian las posturas asumidas por algunos autores que la respaldan mientras que, para otros, la Constitución Nacional fue tímida al negarle la posibilidad a la víctima de participar en el juicio oral; y, en fin, otros para quienes concederle amplias facultades de intervención es del todo contraproducente.

En tercer lugar, se asume una postura crítica en relación con las posiciones doctrinales y jurisprudenciales respecto de la intervención de la víctima en el proceso penal y se concluye que los esfuerzos de la Corporación, al ponderar los derechos de las víctimas y el principio de igualdad de armas fueron equívocos, pues, terminaron por inclinar la balanza a favor de aquella y en disfavor del acusado, lo cual se traduce en una vulneración al principio de igualdad de armas. Por ello, al final de este acápite se propone una subregla llamada a ser aplicada al momento de analizar la posibilidad de intervención de la víctima de manera activa y directa en el proceso, sin que por ello se genere una vulneración del principio de igualdad de armas. Para culminar, se consignan las conclusiones de la investigación y se recogen las referencias donde se consigna el material bibliográfico consultado.

## El principio de igualdad de armas

Uno de los orígenes del principio de igualdad de armas es el diseño procesal norteamericano (Roviaro *vs.* United States, 1957; con antecedentes en Sorrentino *vs.* United States, 1947; United States *vs.* Conforti, 1953; Portomene *vs.* United States, 1955); en esa oportunidad, la Corte Suprema de ese país estableció que, en aplicación del principio de equidad procesal (*fairness*), la fiscalía estaba obligada a revelar la identidad de un agente encubierto que había estado presente en el momento en que tuvieron ocurrencia los hechos investigados, siempre que ello fuera pertinente y útil para la defensa del acusado o esencial para un juicio justo. Posteriormente, en otros casos (Brady *vs.* Maryland, 1963; United States *vs.* Agurs, 1976; Giglio *vs.* United States, 1972; United States *vs.* Bagley, 1985; Kyles *vs.* Whitley, 1995, entre otros), esa misma corporación judicial extendió los alcances del principio, buscando que la Fiscalía revelara información y evidencia relevantes para la defensa, siempre que existiera una probabilidad razonable de que, si la evidencia no era descubierta, el resultado del juicio se viera afectado sin que ello significara desplazar al sistema adversarial como el principal medio por el cual se descubre la verdad sino, por el contrario, asegurar que no se produjera un error en la administración de justicia.

De otro lado, en Alemania, el concepto de igualdad de armas o *Waffengleichheit* (Roxin, 2000, pp. 80-81) apareció por primera vez en la mitad del siglo XIX, en escritos legales durante las discusiones generadas alrededor de la reforma fundamental del proceso criminal alemán (Esparza, 1994, pp. 175 y ss.). Posteriormente, a mediados del siglo XX, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos introdujo el término de igualdad de armas por primera vez; en los casos examinados, el punto de unificación fue que al acusado no se le había dado la oportunidad de ser escuchado, a diferencia de lo ocurrido con la parte contraria. En consecuencia, la Comisión precisó que “la igualdad de armas, es la igualdad procesal del acusado con el acusador público, es un elemento inherente al juicio justo” (Resolución DH(63)1, Ofner and Hopfinger *vs.* Austria, 1963; Report No. 31/63, Pataki and Dunshirn *vs.* Austria, 1963).

No obstante, hay quienes entienden que el postulado de igualdad de armas es una expresión del viejo principio de *audiatur et altera pars* o, de forma más simple, “*Hear the other side of the question; listen to what each party may be able to advance, otherwise you cannot be sure that your decision will be impartial or just*” [escuchar el otro lado del asunto. Escuchar lo que la otra parte puede ser capaz de avanzar, de lo contrario, no puedes estar seguro que su decisión será justa o imparcial] (Moore, 1831, p. 30). Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– ha deducido el principio de la igualdad de armas del postulado del juicio equitativo contenido en el párrafo 1° del artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Neumeister *vs.* Austria, 1968; Delcourt *vs.* Bélgica, 1970); ese organismo aseveró, de manera coincidente, que el principio de igualdad de armas o de igualdad de trato se encuentra incluido en el concepto de proceso equitativo mencionado en el artículo 6-1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que se constituye en una manifestación del concepto más amplio de un juicio justo ante un tribunal independiente e imparcial.

Por supuesto, también con posterioridad, se observan importantes desarrollos en esta materia en diversos casos (Abramovich, 2007, pp. 51-52). En efecto, el Tribunal definió el principio de igualdad de armas en otras decisiones (Bulut *vs.* Austria, 1996; Lanz *vs.* Austria, 2002; y Fischer *vs.* Austria, 2002) como parte de un concepto más amplio de *fair trial*, por medio del cual se garantiza a cada parte una oportunidad razonable para presentar su caso en condiciones que no la pongan en desventaja, *vis-à-vis* con su oponente. Incluso, en otros pronunciamientos (Brandstetter *vs.* Austria, 1991 y Öcalan *vs.* Turquía, 2005), ese mismo organismo indicó que dicho principio se materializa en la oportunidad que deben tener el acusador y la defensa de conocer las observaciones y las evidencias aportadas por la otra parte, y, así, poder discernir sobre ellas.

La doctrina también estudia el concepto de igualdad de armas. En este sentido, se concibe el sistema acusatorio como una relación triádica entre tres sujetos: el acusador, el defensor y el juez, siendo este último un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes; y, el juicio, como una contienda que se desarrolla lealmente y con igualdad de armas, lo cual se traduce en que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes de la acusación, admitiéndose su poder contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio (Ferrajoli, 2009, p. 614). No obstante, algún sector del pensamiento procesal alemán parece proclive a no aludir a una igualdad de armas, porque “hoy ya no se puede hablar de igualdad de armas entre imputado y ministerio público, sino de una relación equilibrada entre derechos y deberes de ambos” (Baumann, 1986, p. 35).

Por su parte, un reputado expositor hispano sostiene que el principio de igualdad de armas es una proyección del genérico axioma de igualdad, que debe estimarse vulnerado cuando el legislador crea privilegios procesales a favor de una parte, carentes de fundamentación constitucional alguna, o cuando el mismo hacedor de las leyes o el órgano jurisdiccional crean posibilidades que se le niegan a la parte contraria, o, en fin, cuando a alguna de las partes se les imponen cargas procesales desorbitadas “sin justificación objetiva o razonable alguna” (Gimeno, 2007, p. 58).

Es que, como se ha dicho, la igualdad de armas exige que las partes puedan presentar su caso bajo condiciones que no constituyan una posición desventajosa frente a su contraparte, principio que cobra un significado especial cuando se trata de interpretar los derechos del imputado (Ambos, 2005, p. 67). Así las cosas, la *fairness*, que se traduce como equidad, significa que el proceso en donde tiene lugar la dialéctica adversarial entre quien acusa y quien se defiende de la acusación, debe producirse sin trampas, oscurantismos o indefensiones; esto es, de manera justa, equilibrada, equitativa e imparcial (Gómez, 2008, p. 48).

De otra parte, la doctrina alemana se refiere al principio de igualdad de armas como aquel mandato que exige una posición lo más equilibrada posible de los intervinientes en el procedimiento, lo anterior en atención a que dicha expresión



[i]gualdad de armas no es del todo realizable, pues una verdadera igualdad de armas no sería compatible con nuestra estructura de procedimiento, ni tampoco sería realizable en un proceso de partes puro (¿Debe acaso el imputado tener el derecho de conducir él mismo el examen corporal de un testigo de descargo?). Sin embargo, el mandato del *fair trial* puede prohibir, p. ej., una limitación de los derechos de información y de participación del imputado o de su defensor, no cubiertas por las diferencias lógico-objetivas entre el papel del acusador y el del defensor en particular, sin que con ello se haga alusión a una igualdad de armas en sentido formal (Roxin, 2000, pp. 80-81).

Este criterio coincide con lo expuesto por la doctrina argentina, para la cual la igualdad de armas, concebida como la equiparación de las posibilidades del imputado respecto de aquellas que poseen los órganos de persecución penal del Estado en el proceso penal, es un ideal, quizá utópico, pues considera que quien ejerce el poder penal del Estado dispone de medios que son difíciles de equiparar. Sin embargo, de lo que se trata es de

acercarse en la mayor medida posible al proceso de partes, dotando al imputado –aún de manera parcial–, de facultades equivalentes a las de los órganos de persecución del Estado y del auxilio procesal necesario para que pueda resistir la persecución penal, con posibilidades parejas a las del acusador (Maier, 2004, p. 578).

E, incluso, existen posiciones más radicales como la plasmada en la Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Penal italiano de 1930, según la cual

[n]o es admisible el principio que equipara al ministerio fiscal con el imputado, hasta exigir que a cada facultad del primero corresponda una facultad del segundo. Este principio descende de un concepto de igualdad que, si puede admitirse en el proceso acusatorio puro, en el que acusador e imputado son personas privadas, es manifiestamente erróneo en el derecho procesal vigente, en el que el acusador es un órgano público (Ferrajoli, 2009, p. 615).

En nuestro país, el principio de igualdad de armas –o igualdad de partes– ha sido reconocido ampliamente en la Ley 906 de 2004:

Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 4°).

Y, el artículo 8° de la misma codificación, antes de enumerar los derechos de la defensa, preceptúa que “[e]n desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal [...]”.

Estas disposiciones, en esencia, recogen instrumentos internacionales como el previsto en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prevé el derecho general a la defensa, como se infiere del párrafo 1° que desarrolla dicho derecho para todo tipo de procesos y, en especial, de los incisos 2° a 5°, específicamente para el proceso penal. Del derecho general de defensa se derivan

derechos como el de igualdad o equidad procesal (también llamado igualdad de armas) y el de audiencia previa (Rodríguez, 1998, p. 1305). Las mismas, han sido explicadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Abramovich, 2007, pp. 51 y ss.).

A su turno, la jurisprudencia (Corte Constitucional, sentencias C-1194, 2005; C-118, 2008 y C-536, 2008), se refiere al principio de igualdad de armas dentro del proceso penal para indicar que es un mandato de carácter constitucional derivado no solo del artículo 13 de la Constitución Nacional, sino, también, del Acto Legislativo 03 de 2002 y de los artículos 29 y 229 de la Carta, que se constituye en una característica esencial de los sistemas penales de tendencia acusatoria según el cual “las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se garanticen las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación” (Sentencia C-396, 2007) buscando, con ello, garantizar que el acusador y el acusado tengan a su alcance opciones reales y ciertas para ejercer sus derechos, así como las herramientas necesarias para situarse en un equilibrio de potestades y atribuciones en aras de hacer respetar sus pretensiones e intereses.

La misma Corporación señala que el principio de igualdad de armas hace parte del núcleo esencial de los derechos de defensa, de contradicción, y, más ampliamente, del principio del juicio justo, el cual es desconocido cuando el legislador concede cierto privilegio o ventaja exclusiva a una de las partes, con la potencialidad de reflejarse en los resultados del proceso (Corte Constitucional, sentencia C-616, 2014); pero, además, en todos aquellos supuestos en que “la ley conduce a fortalecer numérica o sustantivamente uno de los dos protagonistas de la controversia, pues ello anula las posibilidades de un juicio equitativo y justo y de una asistencia técnica eficaz” (Sentencia C-473, 2016).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, describe el principio de igualdad de armas como un bastión fundamental del sistema acusatorio, que se encarga de ofrecer a las partes medios adecuados para que su labor, de conformidad con el rol que se ejerce, “no se vea obstaculizada por medidas discriminatorias o limitaciones logísticas y económicas que desequilibren la balanza a favor de la contraparte” (Sentencia radicado 29118, 2008), y que se encuentra vinculado con el debido proceso probatorio, pues permite garantizar que las partes “gocen de idéntica oportunidad de obtener, solicitar, recaudar los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que puedan servirle de base de la respectiva teoría del caso a demostrar durante el debate oral” (Auto 39 449 de 2013).

Ahora bien, algunos expositores patrios manifiestan que la igualdad de armas es la concreción del presupuesto de la igualdad relativa, que reconoce iguales oportunidades y similares potestades a las partes en el proceso, y que se concreta en igualdad de oportunidades para recoger evidencia y potestades similares a las partes. Señalan que dicha situación relacional debe abordarse desde dos perspectivas: una, estrictamente formal, esto es, que todas las partes tienen la oportunidad

de presentar su versión de la realidad, aportar pruebas y hacerse oír por un juez. Y, otra, material, es decir, la existencia de un diálogo realizado entre partes con iguales oportunidades para recabar información y evidencias que soporten sus alegatos (Bernal & Montealegre, 2013, pp. 205 y 613). En el mismo sentido, se señala que la igualdad implica que “las partes procesales estén en perfecto equilibrio frente a la jurisdicción y que no se den tratamientos parcializados, ventajosos o discriminatorios en detrimento de la persona del sindicado” (Fernández, 1999, pp. 161-162).

Es más, se expresa que

Un proceso caracterizado como “*fair trial*” conserva entonces la peculiaridad de ser contradictorio entre los adversarios, y la igualdad de armas se expresa en la posibilidad de que ambos puedan presentar el caso en los hechos y el Derecho, proponer las pruebas que fundan sus tesis y contradecir al oponente (Guerrero, 2005, p. 104).

De conformidad con lo expuesto, entonces, el principio de igualdad de armas es una característica esencial del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio mediante el cual se garantiza que las partes, esto es, acusador y acusado, se enfrenten ante un tercero imparcial, que es el juez, con las mismas herramientas y posibilidades, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de su particular pretensión. Ello es fundamental para entender el papel de la víctima al interior de la estructura del proceso penal adoptada, tal como se muestra enseguida.

### **La intervención de la víctima en el proceso penal acusatorio colombiano**

Según se desprende de las ponencias presentadas en el Congreso con ocasión del trámite del Proyecto de Acto Legislativo 237 2002, que generó la promulgación del Acto Legislativo 03 de 2002, por medio del cual se modificó al artículo 250 de la Constitución Nacional (Gaceta del Congreso No. 134, 2002), el legislador consideró que, al instaurarse un modelo procesal de tendencia adversarial, caracterizado por el principio de igualdad de armas, la víctima no debía participar de manera directa en su desarrollo, por cuanto el litigio se trababa únicamente entre el Estado y el imputado. Por ello, a la víctima se le concedían escasos escenarios de participación y se encomendaba la defensa de sus intereses a la Fiscalía General de la Nación, a quien el artículo 250 de la Constitución Nacional le confiaba “solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguran la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas” (Artículo 250, numeral 1º). Así mismo, “solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito” (*idem*, numeral 6º); y, por último “velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa” (*ibidem*, numeral 7º). Estos postulados constitucionales encontraron su desarrollo, principalmente, en los artículos 11, 114 numerales 6º, 8º, 12º, y 132 a 137 de la Ley 906 de 2004.

A lo anterior se debe añadir que también el legislador propicia nuevos espacios para la intervención de la víctima en el proceso penal como sucede ahora, luego de expedida la Ley 1826 de 2017, que posibilitará que las propias víctimas puedan interponer de forma privada la acción penal, previa autorización por parte de la Fiscalía General de la Nación; estos mecanismos de participación privada en el proceso penal no están exentos de críticas como sucede, *verbi gratia*, por parte de comentaristas de legislaciones como la chilena (Horvitz y López, 2004, p. 538), aunque la doctrina reciente aboga por una mayor protección de la víctima al interior del proceso penal en este y en todos los frentes (Duce, 2014, pp. 740 y ss.). No obstante, en otras naciones como España es más pacífica su introducción (Chocrón, 2008, pp. 693 y 697; De Vicente, 1997, pp. 173 y ss.).

Sin embargo, la jurisprudencia, con el fin de asegurar la protección efectiva de los derechos constitucionales de la víctima a la verdad, la justicia y la reparación y, en consecuencia, al acceso a la administración de justicia, le ha reconocido derechos y facultades que no venían consignados en la Ley 906 de 2004, los cuales se han concretado en una participación activa y directa en la contienda (Corte Constitucional, sentencia C-228, 2002).

Así, la víctima se encuentra facultada para solicitar, en audiencia preliminar ante el juez con funciones de control de garantías, la práctica de pruebas anticipadas y la imposición de medidas de aseguramiento en contra del imputado. También, en la audiencia de formulación de acusación puede efectuar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades, y solicitar al juez de conocimiento el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o evidencia física específica. En la audiencia preparatoria, puede realizar solicitudes probatorias, hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos materiales probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia de juicio oral; incluso, está habilitada para solicitar la exhibición de los elementos materiales probatorios y de evidencia física para que sean conocidos y estudiados; y pedir la exclusión, el rechazo o la inadmisión de los medios de prueba y solicitar la conexidad procesal. Para terminar, en el juicio oral, puede presentar alegatos finales por intermedio de su abogado; facultades todas estas que puede ejercer de manera directa al interior del proceso penal, como si se tratara de una parte y no de un 'interviniente especial' como lo llama la ley procesal.

Lo anterior genera, entonces, la siguiente disyuntiva: por un lado, aparece una víctima que interviene de manera directa y activa en el proceso penal, para garantizar sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación; y, por el otro, se preconiza la implantación de un proceso penal adversarial, constituido como un sistema de garantías, que opera bajo el principio rector de igualdad de armas entre acusador y acusado. Ello, justo es decirlo, es lo que obliga a preguntarse si la intervención de la víctima así entendida vulnera o no el principio de igualdad de armas.

Pues bien, para la Corte Constitucional las amplísimas facultades otorgadas a la víctima por medio de su jurisprudencia no generan desigualdad de armas ni

alteran los rasgos fundamentales del sistema penal con tendencia acusatoria, ni, tampoco, implican una transformación del papel de interviniente especial dentro de nuestro sistema procesal penal; antes, por el contrario, sostiene que, no solo garantizan que las normas que regulan lo concerniente a la participación de las víctimas tomen en cuenta sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, sino la existencia de mecanismos idóneos para asegurar su protección efectiva.

Sin embargo, la Corporación reconoce que existe una clara tensión entre los derechos de las víctimas a intervenir de manera directa y activa en el proceso penal y los de las partes (fiscal y defensa) de participar en la contienda con igualdad de armas, razón por la cual señala que la participación de aquellas depende de los siguientes factores: a) el papel asignado a otros participantes, en particular a la fiscalía; b) el rol que les reconoce la Constitución; c) el lugar donde ha previsto, de forma específica, su participación y las características de cada una de las etapas de la actuación; y, d) la importancia de esa participación para sus derechos y la incidencia en la estructura y formas propias del sistema penal de tendencia acusatoria (Corte Constitucional, sentencia C-473, 2016).

Así, la Corte señala que la actuación directa e independiente de la víctima en la etapa del juicio oral se encuentra restringida en virtud del principio de igualdad de armas entre acusador y acusado, por lo cual, las atribuciones que no le son concedidas de forma independiente, pueden ser ejercidas a través del fiscal. Pero, en las etapas de la indagación y de la investigación formal, a ellas les asiste el derecho a recibir información y a intervenir de manera activa en todos los trámites sobre iniciación, continuación, terminación, suspensión, archivo y rumbo de las diligencias; igual sucede en las audiencias de formulación de acusación y preparatoria, dada la estrecha relación existente entre estas potestades y sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, salvo, se itera, al interior del juicio oral.

Pues bien, la postura asumida por ese organismo no es aceptada de manera pacífica por la comunidad jurídica, pues, aun cuando hay autores que la respaldan, existen otros que consideran que la guardiana de la Constitución Nacional fue tímida al negarle la posibilidad a la víctima de participar de manera proactiva en el juicio oral, y, unos más, creen que concederle amplias facultades de intervención a la víctima al interior del proceso penal es contraproducente. Por eso, se estima que el principio de igualdad de armas incluye no solo al ente acusador y a la defensa, sino, también, a la víctima, quien, sin lugar a discusiones, debe tener una participación activa en el proceso penal, para velar por la salvaguarda de sus intereses particulares –verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición– y para la construcción de la verdad como fin último del proceso penal (Bernal & Montealegre, 2013, pp. 205 y 216; Parra, 2010, pp. 374 y ss.).

En consecuencia, como quiera que la víctima no es un sujeto pasivo en el esquema procesal, debe permitírsele participar en el proceso penal, reconociéndosele la posibilidad de debatir o proponer fórmulas de reparación y de recuperación de la convivencia rota por la conducta punible (Bernal & Montealegre, 2013, p. 717). En el mismo sentido, se asevera que el principio de igualdad de armas no se refiere

a una cuestión cuantitativa sino cualitativa, que se relaciona con la posibilidad de que los 'actores o partes' gocen de las mismas oportunidades para intervenir y actuar en el proceso penal, debiendo admitirse a la víctima 'como ejercitante autónomo e independiente de la acción privada o material', pues, en su sentir, en el proceso penal hay tres intereses en juego: "el del Estado como representante de la sociedad, el de la víctima y el del procesado" (Cerón, 2008, p. 205), motivo por el cual la víctima debe estar en igualdad con los otros partícipes de la actuación, para satisfacer sus intereses particulares. Por ello, su intervención no vulnera el principio de igualdad de armas, pues ella no interfiere con la actividad procesal del acusado, sino que, por el contrario, es el mismo axioma el que aconseja otorgarle plenas facultades, dado que ella debe ser considerada una verdadera parte (Cerón, 2008, p. 204). Es más, otro expositor afirma que

[u]na de las aspiraciones del legislador colombiano con la Ley 906, ha sido el poder implantar los derechos de la víctima en el proceso penal, dándole una amplia participación como sujeto procesal, como participante activo y con facultades para intervenir en la solución del conflicto originado con el delito (Márquez, 2006, p. 150; Márquez, 2009, p. 33).

Otros, desde una perspectiva más amplia, aseguran que un sistema penal que quiera ser coherente con el modelo de Estado social y democrático de Derecho debe propender por la humanización del sistema penal y, para lograrlo, debe orientarse hacia las víctimas, reconociéndoles un verdadero protagonismo y atender sus derechos, garantías y necesidades, pues, en su sentir, las escasas o inexistentes alternativas legales para la intervención de ella en el proceso penal "son factores, entre otros, que han hecho del sistema penal un verdadero laberinto para las víctimas en el cual se sienten perdidas, estigmatizadas y olvidadas" (Sampedro, 2008, p. 357). De ahí que también se afirme: "no puede concebirse un proceso penal con exclusión de las víctimas, pues son ellas las primeras en ser llamadas a vindicar sus derechos" (Sampedro, 2012, p. 133).

Por otra parte, contrario a lo expuesto por la Corte Constitucional, se asevera que la reforma introducida mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 no implica que se haya implantado un sistema procesal penal adversarial, por lo cual es infundado que "por rendirle culto a una supuesta característica de un sistema acusatorio, se terminen restringiendo los derechos de las víctimas, derechos estos sí debidamente regulados y supuestamente amparados desde la Constitución Política" (Gaviria, 2015, p. 467). Se estima, además, que las interpretaciones de la Corte Constitucional acerca de la participación de la víctima en el proceso penal son insuficientes y que, además, debe reconocérsele la posibilidad de participar de manera directa y activa en el juicio, pues lo contrario imposibilita obtener una decisión acorde con sus intereses (p. 470).

Se asegura, en fin, que la Corte Constitucional es contradictoria en su postura, pues, por un lado, de manera enfática y reiterada señala que "el nuevo sistema procesal en manera alguna puede limitar los derechos de la víctima a reparación, verdad y justicia", sin embargo, concluye que, en virtud del principio adversarial,

“los derechos de las víctimas sí encuentran claras limitaciones, particularmente en la etapa del juicio, por cuanto de permitirse una participación activa de ellas en el debate probatorio se resentiría gravemente el principio de igualdad de armas” (Gaviria, 2009, p. 37), lo que a todas luces comporta un desconocimiento y olvido de los derechos que le han sido reconocidos a las víctimas.

En el mismo sentido, se escribe que “la participación de la víctima debe ser continua, sin interrupciones, en toda la actuación penal, tanto en la etapa de investigación como en las audiencias que componen el juicio oral” (Vanegas, 2008, pp. 376-381). Por ello, para este último autor resulta un contrasentido que la Corte Constitucional le permita a la víctima participar en las audiencias de formulación de acusación y en la preparatoria para solicitar la práctica de pruebas, y, luego, le niegue su intervención en el juicio oral para presentar su teoría del caso y participar en su práctica, lo cual es un retroceso en el reconocimiento de sus derechos fundamentales.

De otro lado, también se cree que la única manera de garantizar la efectividad de los derechos de las víctimas no es con su intervención activa y directa en el proceso penal, pues esas metas pueden ser alcanzadas a través de otros mecanismos. Es más, se asegura que la discusión sobre su participación no debe plantearse como un problema derivado del derecho a la igualdad, a menos que se entienda dicho axioma desde un punto de vista puramente aritmético; por ello, “el principio de igualdad debe entenderse, en sentido sustancial, como la facultad que tiene cada parte procesal a disponer de los mismos derechos y deberes reconocidos a las demás partes procesales, con absoluta independencia de cuántas sean esas últimas” (Reyes, 2007, p. 77). Luego, entonces, siempre que las partes (fiscal, ministerio público y defensa) gocen de las mismas oportunidades para sustentar sus tesis dentro del respectivo proceso, no se afectará la vigencia del principio de igualdad de armas.

Por consiguiente, para el autor en cita el aspecto sensible radica en que el legislador escogió a la Fiscalía General de la Nación como la entidad encargada de investigar y acusar a los presuntos responsables de la comisión de delitos, por lo cual “las víctimas del delito deban canalizar a través de esa institución todas las solicitudes que quieran hacer a los jueces penales y no solamente aquella relacionada con la acusación misma” (Reyes, 2007, p. 79); en consecuencia, permitir que ellas participen en las audiencias, equivaldría a despojar a la fiscalía del monopolio sobre las funciones de investigar y acusar a los presuntos responsables por la comisión de conductas punibles. Sobre el tema, también se asegura que, si bien la ley propicia el reconocimiento y protagonismo a la víctima en atención a los desarrollos jurisprudenciales, doctrinales y con la normativa internacional, lo cierto es que algunas disposiciones tienen como efecto inclinar la balanza en su favor, “situación que rompe el equilibrio que debe darse para que exista la igualdad de armas en el desarrollo del debate. De ninguna manera los intereses de la víctima pueden estar por encima de los que corresponden a los justiciables” (Sánchez, 2004, pp. 107 y ss.).

Es más, otro sector doctrinario estima que un sistema acusatorio puro parte de la existencia de un organismo que se encarga de investigar y acusar que se enfrenta en plano de igualdad a la defensa ante un juez imparcial, por lo cual no se admite la presencia y/o participación de otros sujetos o partes en la contienda, pues ello generaría un desequilibrio. Se dice, en efecto, que “un procesal real y verdaderamente acusatorio, no tiene por qué (ni cómo) reconocer o admitir en su seno a los perjudicados que pretenden reclamar la indemnización de los daños que les han sido irrogados con la materialización del comportamiento delictivo” (Molina, 2010, p. 166). Otro expositor, en la misma línea de análisis, manifiesta que la actuación de la víctima en todas las audiencias que se realizan durante la investigación y el juzgamiento, inclina la balanza en contra del procesado, lo cual resulta inadmisibles; si bien, reconoce que ‘este interviniente especial’ también busca la verdad y la justicia, su interés debe surtirse por conducto de la Fiscalía General de la Nación, y no convertirla en otra parte más de la contienda, de donde surge que “es importante restringir su intervención al logro de una reparación integral cuando allí proceda” (Daza, 2009, p. 142).

Desde luego, tampoco faltan voces para las cuales se debe tener mucho cuidado con esta ingerencia de la víctima al interior del proceso penal y entienden que se deben dar, por lo menos, dos condicionamientos para ello: uno, que no se contemple para todo tipo de delitos (Córdoba, 2003, p. 78); y, otro, que ello no se haga a costa de los derechos y las garantías de los sindicados o procesados en el marco de una concepción garantista, propia de un Estado social y democrático de Derecho (Córdoba, 2003, p. 91). Incluso, otro grupo doctrinario, al examinar la normativa anterior y de cara a los desarrollos jurisprudenciales observados, llegó a afirmar, cuando apenas se discutía el proyecto de Código de Procedimiento Penal, que la víctima ya era tenida como parte del proceso penal por la Corte Constitucional (Guerrero, 2004, p. 438).

Para terminar, otro sector de la opinión propende por la exclusión de la víctima del proceso penal pues su participación quiebra el principio de igualdad y entorpece el proceso y su objetivo; en este sentido, se señala que las garantías se originan en una relación de subordinación entre el Estado como gobernante y el procesado como gobernado, por lo cual el sujeto activo de las mismas es quien está al lado opuesto al del Estado en su pretensión de acusar y no quien pretenda lo mismo que él. En consecuencia, y como quiera que el proceso penal está estructurado de manera que el protagonista único sea el sindicado sobre quien recae la decisión, la discusión sobre la imposición de sanciones penales solo puede presentarse entre quienes tienen legitimidad sobre ella o su evitación, es decir, entre el sindicado, por ser su derecho, y el Estado, por estar legitimado para limitarlo. Solo así, se conforma una *litis* en condiciones de igualdad (Sampedro, 2003, pp. 342-343).

Por lo anterior, la víctima no tiene legitimidad para participar en el proceso penal para limitar la libertad y los demás derechos del sindicado, salvo la persecución de un derecho patrimonial, pues con ello se quebraría el principio de la igualdad. Es más, se afirma que el derecho patrimonial de quien puede llegar a



ser víctima de un delito debe ser objeto de debate en un proceso civil y no en uno penal (Sampedro, 2003, p. 344; Sampedro, 2003a, pp. 289 y ss.), pues, se itera, la víctima no está legitimada para pretender el objeto de discusión (la responsabilidad penal, la libertad) sino que, al romper la igualdad, entorpece el proceso y el logro de sus objetivos. Para culminar se advierte que, si bien las víctimas tienen un derecho legítimo a tutelar sus intereses económicos, a obtener justicia y a conocer la verdad, ello no implica que deban estar presentes en el proceso penal como sujetos procesales.

Esta última postura no es de extrañar, máxime si en uno de los sistemas que ha servido de espejo al modelo nacional –para el caso el de los Estados Unidos–, la víctima ha sido excluida del sistema federal y su inclusión queda en manos de los respectivos Estados federados; ello es producto de que, como se sabe, el ministerio fiscal tiene allí el monopolio de la acción pública lo cual impide que cualquiera otra parte (sea pública o privada) pueda acusar en el proceso penal a su lado (Gómez, *et al*, 2013, p. 169; Gómez, 2015, pp. 126 y ss.). No obstante, desde los años setenta del siglo pasado se observa un cambio que, de forma lenta, pero segura, augura nuevos rumbos, por ejemplo, en Estados que, como California, lideran un cambio (pp. 173-174).

### **Análisis de las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales**

Pues bien, como ya quedó visto, para algunos autores la participación de la víctima en el proceso penal de manera activa y directa, en igualdad con las otras partes de la actuación, se justifica en la medida en que ella tenga intereses particulares para obtener la verdad, la justicia y la reparación que tiene que defender al interior del proceso penal. Por ello, recuérdese, uno de los autores citados afirma que en el proceso hay tres intereses en juego, “el del Estado como representante de la sociedad, el de la víctima y el del procesado” (Cerón, 2008, p. 205).

Por supuesto, no es cierto que en la persecución y castigo del delito las víctimas tengan un interés particular diverso al del Estado representado por la Fiscalía General de la Nación. Lo anterior, por cuanto es la Constitución Nacional misma la que, en el artículo 250, le impone al ente acusador la obligación de salvaguardar, garantizar y satisfacer los derechos de las víctimas, que, a voces de la Corte Constitucional, se contraen a conocer la verdad, a que se haga justicia y a obtener la reparación, eso sí, “sin que la víctima o el perjudicado puedan desplazar a la Fiscalía o al Juez en el cumplimiento de sus funciones constitucionales, y sin que su participación transforme el proceso penal en un instrumento de retaliación o venganza contra el procesado” (Sentencia C-228, 2002). Luego, entonces, si fuera cierto que la víctima tiene unos intereses particulares diversos a los de la Fiscalía General de la Nación, no tendría ningún sentido que la Constitución Nacional le encomendara al ente acusador la salvaguarda de los derechos del ofendido.

En consecuencia, el Estado, que en la contienda penal está representado por la Fiscalía General de la Nación, no solo representa a la sociedad, sino también a la víctima. De hecho, se puede afirmar, contrario a lo expuesto por los autores atrás

señalados, que la víctima y la Fiscalía General de la Nación comparten los mismos intereses, pues, en un Estado social y democrático de Derecho como el colombiano, una de las funciones primordiales es la necesidad de alcance y realización de la justicia que surge de los artículos 2º, 229 y 230 de la Carta, y que se traduce en la búsqueda de la verdad como valor, principio y derecho constitucional (Corte Constitucional, sentencia C-396, 2007).

Por ello, la labor de la Fiscalía General de la Nación de investigar y acusar a los presuntos responsables de conductas punibles se encamina a la consecución de los siguientes fines:

- (i) la búsqueda de la verdad material sobre la ocurrencia de unos hechos delictivos;
- (ii) la consecución de la justicia dentro del pleno respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales del procesado;
- (iii) la protección y reparación integral de los perjuicios ocasionados a las víctimas;
- (iv) la adopción de medidas efectivas para la conservación de la prueba; y
- (v) el recurso, dentro del marco estricto de la ley, a mecanismos que flexibilicen la actuación procesal, tales como la negociación anticipada de la pena y la aplicación del principio de oportunidad (Corte Constitucional, sentencia C- 591, 2005).

Así las cosas, la razón para afirmar que la participación de la víctima de manera directa y activa en el proceso penal no vulnera el principio de igualdad de armas, no puede ser que ella tenga un interés particular diverso al de la Fiscalía General de la Nación y de la defensa, pues la fiscalía también propende por la verdad, la justicia y la reparación.

Ahora bien, no es correcto decir, como de manera desacertada lo afirma Gaviria (2015, p. 467), que con la reforma constitucional introducida mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 no se haya implantado un sistema procesal penal adversarial, pues, si bien el artículo 250 de la Carta no lo expresa de manera taxativa, basta leer el apartado constitucional para advertir que dentro del articulado se encuentran inmersos los principios propios que caracterizan tal modelo de enjuiciamiento criminal. Así, se introduce la separación de las funciones de investigación y acusación de las de juzgamiento; se incorpora la figura del juez con funciones de control de garantías, encargado de ejercer el control judicial de la limitación de derechos fundamentales; el principio de oportunidad; el juicio está orientado por los principios de oralidad, contradicción, inmediatez y publicidad; y, por último, sin que ello signifique que sea menos importante, un procedimiento que reconoce a acusador y acusado la condición de partes iguales.

Adicional a lo expuesto, en la Exposición de Motivos del proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 (Gaceta del Congreso No. 134, 2002), que generó la promulgación del Acto Legislativo 03 de 2002, se consignó que la iniciativa de reforma constitucional tenía como finalidad modificar la estructura del esquema procesal penal mixto, para

[a]doptar uno de clara tendencia acusatoria en donde se conciba el proceso penal como «una contienda entre dos sujetos procesales (defensa y acusador) ubicadas

en un mismo plano de igualdad, al final del cual, como resultado del debate oral y dinámico, el tercero imparcial que es el juez, tomará una decisión.

Y se puntualizó:

El propósito de esta reforma es fortalecer la función de la Fiscalía General de la Nación y la Defensoría Pública, en la medida en que se reasignarán funciones de acuerdo a como deberán desempeñarse en un sistema acusatorio, en aras de permitir mayor especialidad y eficiencia en las funciones que ejerce cada una, dentro del marco de colaboración y equilibrio, garantizando así a todo ciudadano el acceso a la administración de justicia.

También, en la ponencia para el primer debate de la primera vuelta surtido en la Cámara de Representantes (Gaceta del Congreso No. 148, 2002) se indicó que era necesario modificar el esquema de procesamiento criminal para abandonar el sistema mixto y adoptar un sistema de clara tendencia acusatoria, caracterizado por la creación de un juicio oral, público, contradictorio y concentrado, en el cual “dos sujetos en plano de igualdad (acusador y defensa) debatirán sus argumentos, y un tercero imparcial, que es el juez, decidirá sobre la responsabilidad o no del acusado, fundado en el debate previo entre fiscal y defensa”, lo cual fue reiterado en la ponencia del segundo debate de la primera vuelta en el Senado de la República (Gaceta del Congreso No. 232, 2002).

Y, para culminar, en el Informe de ponencia para el primer debate de la segunda vuelta ante el Senado de la República (Gaceta del Congreso No. 531, 2002), se señaló:

El sistema que se propone (a) La etapa de investigación. (...) Las víctimas serán atendidas de manera integral. Ejercerán sus derechos y harán sus solicitudes a través de la Fiscalía, y la ley decidirá si podrán ejercer la vocería en la audiencia pública. Se respetarán sus derechos a la información y a la reparación integral.

Así las cosas, es indiscutible que se implantó un sistema de procesamiento criminal adversarial caracterizado, a grandes rasgos, por la separación de las funciones de investigación y acusación de las de juzgamiento, el control judicial de la limitación de derechos fundamentales por parte del juez de control de garantías, el principio de oportunidad, el juicio orientado por los principios de oralidad, la contradicción, la intermediación y la publicidad; y, añádase, con igualdad de armas, razón por la cual la víctima ejercería sus derechos a través de la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien, algún sector de los estudiosos asegura que la discusión sobre la participación de la víctima en el proceso penal no debe plantearse como un problema derivado del derecho a la igualdad; sin embargo, un autor, al hacer un análisis de la jurisprudencia constitucional, encuentra incomprensible que a la víctima no se le permita exponer su teoría del caso al inicio del juicio oral, pero sí se encuentre facultada para desarrollarla sin exponerla, pues ello “coloca en desventaja a la defensa dentro del juicio oral, porque la obliga a ejercer su labor sin conocer previamente cual [sic] es la teoría del caso que –muy seguramente con tendencia

acusatoria– utilizará la víctima en desarrollo de su intervención” (Reyes, 2007, p. 89). Más adelante, afirma que, según la jurisprudencia, la víctima no tiene la obligación de descubrir los elementos materiales probatorios y evidencia física con la que cuenta en la audiencia de formulación de acusación “con lo cual se genera un desequilibrio frente a la defensa, que solo puede conocer las pruebas de la víctima durante la audiencia preparatoria [...]” (Reyes, 2007, p. 93).

Surge aquí la contradicción del autor, pues si bien afirma que la intervención de la víctima de manera directa en el proceso penal no genera desigualdad de armas, luego, al analizar algunas facultades concretas reconocidas por la Corte Constitucional, admite que con ellas se genera un “desequilibrio” o “desventaja”, lo cual se traduce en una indiscutida vulneración del principio de igualdad de armas, pues con él se garantiza que las partes se enfrenten ante un tercero imparcial, que es el juez, con las mismas herramientas y posibilidades, sin privilegios ni desventajas.

En conclusión, contrario a lo manifestado por este último expositor, la participación de la víctima de manera directa y activa en el proceso penal, tal y como está concebida, no es un problema de legitimidad, como que el legislador le impuso a la Fiscalía General de la Nación –y solo a ella– la obligación de investigar y acusar a los presuntos responsables de la comisión de delitos, salvo, claro está, los eventos en los que va a proceder la acusación privada; sino que dichas prerrogativas se erigen como una evidente transgresión del principio de igualdad de armas, pues, su participación activa, en algunos casos genera un desequilibrio entre las partes, generalmente en desfavor del acusado.

En fin, debe decirse que es muy extrema la postura asumida por Sampedro (2003, p. 342; 2003a, pp. 289 y ss.), para quien la víctima debe ser excluida del proceso penal, pues no tiene legitimidad para pretender la limitación de la libertad y otros derechos del sindicado, amparándose en la persecución de un derecho patrimonial, pues, con ello, se quebraría el principio de la igualdad. Esto, por cuanto, en primer lugar, es innegable que la víctima persigue, además de un interés económico o patrimonial, la verdad, la justicia y, en consecuencia, busca acceder a la administración de justicia. En segundo lugar, porque no es cierto que el objeto del proceso penal sea, en estricto sentido, limitar la libertad del imputado, pues hay casos en los cuales no se produce la restricción de la libertad del acusado y, aun así, la víctima encuentra satisfechos sus intereses a la verdad, la justicia y la reparación. Piénsese, por ejemplo, en aquellos eventos en los cuales se puede prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria, como sucede en la legislación penal sustantiva (Ley 599 de 2000, art. 34).

En conclusión, pensar hoy en un proceso penal en donde la víctima no tenga participación activa y directa alguna, es ilusorio; sin embargo, también es cierto que la Corte Constitucional sobrepasa los límites que el proceso penal acusatorio impone, concediendo amplias facultades a las víctimas que terminaron por desquiciar la sistemática acusatoria. Negar que, tal y como está concebida, la participación de la víctima en el proceso penal vulnera el principio de igualdad de armas es una falacia. En efecto: la Corte Constitucional señaló que, de conformidad con

el artículo 371 del Código de Procedimiento Penal, la víctima no puede presentar una teoría del caso de manera autónoma y al margen de la actuación del fiscal “dado el carácter adversarial de esta etapa del juicio penal y la necesidad de proteger la igualdad de armas” (Sentencia C-209, 2007); sin embargo, en atención a lo dispuesto en el artículo 443 de la Ley 906 de 2004, le es permitido, por intermedio de su abogado, presentar alegatos finales al concluir el juicio, participación que “no introduce un desbalance en el juicio ni le resta su dinámica adversarial puesto que ella se presenta al final de esta etapa, con miras precisamente a que la voz de las víctimas se escuche antes de concluir esta etapa del proceso” (Sentencia C-209, 2007). No obstante, ella se encuentra imposibilitada para presentar replica en los alegatos de conclusión porque, se dice, permitírsele generaría un “desbalance desproporcionado de la posición del acusado” (Sentencia C-616, 2014).

Así las cosas, la postura asumida por la Corte Constitucional, además de contradictoria, vulnera el principio de igualdad de armas. Es cierto que la víctima no puede, de manera autónoma y al margen de la actuación del fiscal, presentar una teoría del caso, pues, en un sistema adversarial, el acusador es, en esencia y de forma exclusiva, la Fiscalía General de la Nación. Bajo ese entendido, solo a esta última le corresponde presentar una teoría del caso, por cuanto ella es la llamada a demostrar que el delito existió y que el acusado es su responsable, es decir, es al acusador a quien le corresponde desvirtuar la presunción de inocencia que cobija al acusado, carga que no tiene la defensa en virtud del principio constitucional que hace presumirla (Corte Constitucional, sentencia C-069, 2009).

Ahora bien, la declaración inicial o el alegato de apertura (Baytelman y Duce, 2004, pp. 90 y ss.) se constituye en la primera oportunidad para que tanto la fiscalía como la defensa expongan ante el juez cuál va a ser su posición con miras a demostrar la responsabilidad o inocencia del acusado, de acuerdo con los elementos fácticos, jurídicos y probatorios acopiados y habrán de presentarse y valorarse en el debate probatorio; en consecuencia, la teoría del caso demarca el objeto del debate, que concluye con la presentación de los alegatos finales, de conclusión o clausura, “los cuales se constituyen en uno de los momentos esenciales del debate adversarial, pues concentran la discusión y el debate jurídico entre la acusación y la defensa” (Sentencia C-616, 2014); luego, entonces, existe una relación inescindible entre los alegatos de apertura –o teoría del caso–, el debate probatorio y los alegatos de clausura.

En consecuencia, si, como lo afirma la Corte Constitucional, los alegatos de conclusión concentran la discusión y el debate jurídico entre la acusación y la defensa, resulta contrario al principio de igualdad de armas que, a la víctima, la cual no presentó alegatos de apertura y no intervino en el debate oral –pues, a voces de la misma corporación, de permitírsele se vulneraría el principio de igualdad de armas– se le permita clausurar una contienda en la que no participó. La Corte justifica su postura con el argumento de que “la voz de las víctimas se escuche antes de concluir esta etapa del proceso” (Sentencia C-209, 2007), posición inadmisibles, pues, si se es coherente, debe decirse que, en la audiencia de juicio oral, cuya con-

clusión es el anuncio del sentido del fallo de conformidad con lo establecido en el artículo 445 de la Ley 906 de 2004, la voz de las víctimas es oída por intermedio del representante de la Fiscalía General de la Nación, en quien recae el mandato constitucional de velar por sus interés en esa etapa del proceso, según la misma jurisprudencia.

Ahora bien, recuérdese que la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 357 de la Ley 906 de 2004 en el entendido que las víctimas pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria por intermedio de su apoderado, luego de considerar que “la efectividad del derecho a acceder a la justicia, en el que se inscriben los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, se encuentra en una relación directa con el derecho a probar” (Sentencia C-454, 2006), por lo cual resulta obligatorio concederle dicha prerrogativa que, de modo alguno, confronta las características del sistema procesal penal, en tanto las competencias otorgadas a la Fiscalía General de la Nación en el artículo 250 de la Carta “no tienen la virtualidad de desplazar a la víctima, cuando en un ejercicio soberano de su derecho de acceso a la justicia, opta por agenciar por su cuenta (a través de su representante) sus intereses dentro del proceso penal” (Sentencia C-454, 2006).

Sin embargo, la misma corporación señaló que la víctima no puede participar en su práctica mediante el interrogatorio al testigo ni oponiéndose a las preguntas formuladas en el juicio oral, porque “el ejercicio de las aludidas facultades probatorias tiene lugar durante la etapa del juicio oral y, en ella –como se apuntó–, la participación directa de la víctima trastocaría el sistema penal, afectaría la igualdad de armas y convertiría a la víctima en segundo acusador” (Sentencia C-343, 2007); ello significa, entonces, que la víctima puede solicitar pruebas, pero no puede intervenir en su práctica, so pena de vulnerar el principio de igualdad de armas.

Pues bien, no es cierto que la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, se encuentre vinculada de forma inescindible con el derecho a probar; como que la víctima solo puede ver cumplidas sus garantías constitucionales si se le permite solicitar pruebas en la audiencia preparatoria. Razonar de esa manera sería como decir que solo con la intervención de ella, en forma directa y activa en la audiencia preparatoria, se satisfacen dichos intereses, lo cual no es cierto, pues, se itera, la labor de la Fiscalía General de la Nación de investigar y acusar a los presuntos responsables de conductas punibles también se encamina hacia la consecución de la verdad, la justicia y la reparación (Corte Constitucional, sentencia C-591, 2005). Adicional a lo expuesto, debe recordarse que, en un sistema penal acusatorio, es al acusador a quien le corresponde probar que el delito existió y que el acusado es su responsable; luego, entonces, permitirle a la víctima que solicite pruebas en forma directa en la audiencia preparatoria dirigidas a demostrar la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado, sería tanto como otorgarle una facultad inherente a la labor del acusador, convirtiéndose ella, además, en un contendor adicional, lo cual vulnera, a todas luces, el principio adversarial y, de contera, el principio de igualdad de armas.

Tampoco es atinada la posición de la Corte según la cual el cumplimiento de las funciones que la Constitución Nacional le impone a la Fiscalía General de la Nación no desplazan la intervención de la víctima, quien puede “agenciar por su cuenta (a través de su representante) sus intereses dentro del proceso penal”, pues ello significaría, ni más ni menos, que ella pasaría de ser un interviniente especial a convertirse en una parte, con las mismas facultades del acusador y del acusado, con la consiguiente desnaturalización del sistema procesal de adversarios. Esta posición, coincide con la expuesta de forma reiterada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para la cual las solicitudes probatorias de la víctima deben ser canalizadas por medio de la Fiscalía, pues este es el único interlocutor válido que puede allegarlas y controvertirlas en el debate oral, como quiera que la práctica de pruebas corresponde, de manera exclusiva y excluyente, a las partes, esto es, a la Fiscalía y a la defensa; pruebas que deben ser descubiertas por el acusador en la audiencia de formulación de acusación (Corte Suprema de Justicia, sentencia radicado 37596, 2011 y Auto 45667, 2015). Considera, pues, la Corte Suprema de Justicia que permitirles a terceros ajenos a los dos adversarios –que, entre otras cosas, postulen teorías del caso, descubran, enuncien, soliciten y participen en la práctica y formación de pruebas– anularía la igualdad de los dos contrarios y “no habría lugar a aplicar las reglas de un proceso como es debido” (Sentencia radicado 37596, 2011), tesis que ha sido controvertida por la doctrina (Gaviria, 2012, pp. 13 y ss.).

Ahora bien, la Corte Constitucional declaró exequible condicionalmente el numeral 2° del artículo 284 del Código de Procedimiento Penal, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez con funciones de control de garantías (Corte Constitucional, sentencia C-209, 2007). Dijo esa Corporación que, en tratándose de las facultades probatorias de las víctimas, la etapa procesal es determinante para establecer si pueden ser ejercidas de forma directa por ella (o su apoderado) o si, en consideración a los rasgos estructurales y características esenciales del sistema penal con tendencia acusatoria diseñado por el legislador en la Ley 906 de 2004, dicha facultad debe ser ejercida de manera indirecta a través del fiscal. Entonces, como la práctica de pruebas anticipadas se lleva a cabo en una etapa anterior al juicio ante el juez con funciones de control de garantías, otorgarle esta facultad probatoria a la víctima no modifica los rasgos estructurales del proceso, no altera la igualdad de armas ni modifica la calidad de víctima como interviniente especial.

Debe recordarse que, en virtud del diseño procesal acusatorio asumido, las pruebas solo se practican en el juicio ante el juez de conocimiento, con inmediación; sin embargo, dicha regla general tiene su excepción, cual es, recuérdese, la práctica de ‘pruebas’ anticipadas ante el juez con funciones de control de garantías por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; las mismas se practican “en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio”, lo que garantiza el respeto de los principios constitucionales de legalidad, publicidad y contradicción establecidos en el artículo 29 de la Constitución Nacional (Corte Constitucional, sentencia C-591, 2005). Así las cosas, aunque las pruebas

se practiquen en una audiencia preliminar ante el juez con funciones de control de garantías, ello debe surtir en una audiencia pública con la observancia de las formas previstas a tales efectos en el juicio oral, anticipándose solo por extrema necesidad y para evitar la pérdida o la alteración del medio probatorio. Así, si la víctima no puede intervenir en la práctica de pruebas en el juicio oral ante el juez de conocimiento, pues ello resultaría violatorio al principio de igualdad de armas –por la misma razón, tampoco debería permitírsele solicitar la práctica de pruebas anticipadas–, en atención a que ello implica, indefectiblemente, una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal acusatorio. En conclusión, con independencia del momento procesal en que se practica la prueba –en una audiencia preliminar ante el juez con funciones de control de garantías o en la audiencia del juicio oral ante el juez de conocimiento–, permitirle a la víctima participar en el debate probatorio la convierte en un segundo acusador o contradictor, con la indiscutible vulneración del principio de igualdad de armas que, como recuerda la teoría del derecho procesal penal argentina, supone “una relación horizontal y de lucha entre las partes, por un lado, y de subordinación de ambas partes al juzgador neutral, por el otro” (Bovino, 1998, p. 242).

Ahora bien, en la decisión citada se faculta a la víctima para que, en la audiencia de formulación de acusación, solicite el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica (Ley 906, 2004, Art. 344); y para que, en la audiencia preparatoria, (i) haga observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral (Art. 356), (ii) solicite la exhibición de los elementos materiales probatorios y evidencia física con el fin de ser conocidos y estudiados (Art. 358) y, (iii) solicite la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba (Art. 359). Estas prerrogativas, en sentir de la Corte, no modifican los rasgos estructurales del proceso ni alteran la igualdad de armas ni modifican la calidad de víctima como interviniente especial, pues, además de que su participación se verifica en una etapa previa al juicio oral, no se le permite participar en la práctica de la prueba ni en su contradicción; sin embargo, al contrario de lo expuesto por ese organismo judicial, la participación de la víctima en el descubrimiento probatorio sí vulnera el principio de igualdad de armas, en cuanto, si bien el juicio oral es el centro del sistema sometido a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, ello no significa que los actos encaminados a preparar el juicio escapen del sistema adversarial, entre ellos, el ofrecimiento probatorio o *Discovery* (Gómez, 2008, pp. 30-31).

En efecto, el descubrimiento probatorio “es un medio de equilibrio entre las partes para un correcto ejercicio del contradictorio y obviamente del derecho a la defensa” (Guerrero, 2005, p. 292) que consiste, a voces de la Corte Suprema de Justicia, en que los adversarios, es decir, el acusador y el acusado, “suministren, exhiban o pongan a disposición de la contraparte todas las evidencias y elementos probatorios de que dispongan”; y, añade, “anuncien todas las pruebas cuya práctica solicitarán para ser llevadas a cabo en el juicio oral, para respaldar su teoría del caso” (Sentencias radicado 25920, 2007; radicado 31614, 2009); por tal razón, se



relaciona en forma directa con el principio de igualdad de armas entre los contendores. Es decir, el descubrimiento probatorio está previsto de manera exclusiva para las dos partes opuestas –acusador y acusado– y les garantiza que la contienda se va a surtir en igualdad de armas, de forma que, permitirle a la víctima participar en esta fase del proceso generaría un resquebrajamiento del sistema de enjuiciamiento criminal, concretado a partir del debate realizado por dos contrarios frente a un juzgador imparcial, lo que impide la participación de un tercero.

Por ello, la Corte Constitucional señaló que el descubrimiento probatorio es una manifestación concreta del principio de igualdad de armas que tiene como propósito que cada parte –acusador y acusado–, conozca el material de convicción que su contradictor hará efectivo en el juicio oral, evitando la presentación sorpresiva de elementos de convicción, lo cual comprometería de manera grave los derechos de defensa y contradicción (Corte Constitucional, sentencia C-1194, 2005). Postura que coincide con la expuesta por un sector de la doctrina, para el cual el descubrimiento probatorio pretende garantizar la transparencia del juicio penal, pues, aunque él está cimentado sobre las bases de una contienda, el fin último del proceso “es la realización de la justicia material, lo cual implica que el discurso sobre la responsabilidad penal del acusado debe erigirse sobre la base de hechos conocidos y dudas razonables, pero no de pruebas ocultas o acusaciones inesperadas” (Guerrero, 2005, p. 282).

En la misma decisión, se facultó a la víctima para solicitar medidas de aseguramiento (Ley 906 de 2004, Art. 306), su modificación cuando el imputado ha incumplido las obligaciones impuestas al concederle la detención domiciliaria (Art. 316) y medidas de protección (Art. 342); tales facultades, en el sentir de la Corte Constitucional, se proyectan en la protección de los derechos de las víctimas ante la omisión del fiscal en el cumplimiento de su deber o ante circunstancias imperiosas frente a las cuales la víctima cuente con información privilegiada “[s]obre hostigamientos o amenazas recibidas que hagan necesaria la imposición de la medida correspondiente, o sobre el incumplimiento de la medida impuesta, o la necesidad de cambiar la medida otorgada” (Sentencia C-209, 2007), prerrogativa que no genera una desigualdad de armas, sino que asegura la adecuada protección de los derechos constitucionales del ofendido.

Pues bien, permitir que la víctima solicite la imposición de una medida cautelar personal contraría el principio de igualdad de armas, pues el ofendido no puede usurpar competencias que constitucionalmente le vienen otorgadas a la Fiscalía General de la Nación. En este punto, debe, de nuevo, recordarse el contenido claro y expreso del artículo 250 de la Carta, en sus numerales 1, 6 y 7. Luego, entonces, quien se encuentra facultado por la Constitución Nacional para solicitar este tipo de medidas es, exclusivamente, la Fiscalía General de la Nación, y la omisión en el cumplimiento de su deber no puede ser razón suficiente para modificar la competencia constitucional.

Adicional a lo expuesto, si se faculta a la víctima para reivindicar la protección de sus derechos cuando “cuente con información de primera mano sobre hostiga-

mientos o amenazas recibidas que hagan necesaria la imposición de la medida correspondiente” (Sentencia C-209, 2007), debería permitírsele a cualquier miembro de la sociedad que, cuando cuenta con datos similares acerca de que el imputado puede poner en peligro a la comunidad, por ejemplo, continuando con la comisión de delitos, solicite en forma directa la imposición de una medida de aseguramiento, para reivindicar la protección de sus garantías, lo cual resulta inadmisibile, salvo que en el marco de la acción penal privada se le otorgara esa potestad.

Para culminar, la Corte Constitucional autorizó a la víctima para que, en la audiencia preparatoria, solicite al juez de conocimiento el decreto de la conexidad procesal (Ley 906, 2004, Art. 51), luego de considerar que con dicho instituto –por medio del cual se evita la multiplicidad de actuaciones penales por el mismo comportamiento o por varios delitos en relación de conexidad– se contribuye, entre otros, a la realización de los derechos de las víctimas “al hacer posible que en único trámite puedan formular sus pretensiones de verdad, reparación y justicia” (Sentencia C-471 de 2016). Desde luego, lo más relevante de esta decisión es que creó una regla interpretativa según la cual se “impone la precedencia *prima facie* del derecho de las víctimas a participar en el proceso penal en iguales condiciones que los otros participantes” (Sentencia C-471, 2016), a menos que su cumplimiento: (a) se oponga a una prohibición constitucional expresa; (b) desconozca competencias, facultades o derechos exclusivos de los otros sujetos que participan en el proceso; o (c) resulte incompatible con la estructura constitucional del proceso penal. Esto último tiene ocurrencia cuando se produce, “(c.1) la modificación de los rasgos estructurales del sistema penal con tendencia acusatoria, (c.2) la alteración de la igualdad de armas, o (c.3) la variación de la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido” (Sentencia C-471, 2016); sin embargo, se afirma que, para determinar la incompatibilidad con la estructura del proceso penal se deberá considerar tanto la etapa procesal de la que se trata y el tipo de intervención debatida, como el grado de interferencia que puede tener en las funciones o facultades de los otros sujetos procesales.

Este pronunciamiento es desatinado por las siguientes razones: en primer lugar, en un sistema penal acusatorio como el vigente resulta inadmisibile la inclusión de una cláusula general que implique la participación de la víctima de manera directa y activa en el proceso penal en iguales condiciones que los otros participantes, pues ello implica que la víctima deje de ser un interviniente para convertirse en una parte, en un participante más de la contienda, lo cual resulta contrario a la naturaleza de un sistema de enjuiciamiento acusatorio. En este punto debe recordarse que ni la Constitución Nacional ni la ley le otorgaron a la víctima la condición de parte, sino de interviniente especial, por lo que no debe ni puede tener las mismas facultades del acusado ni del acusador. Entonces, si según la Corte Constitucional la regla general es que la víctima puede participar de manera activa y directa en la contienda, se está frente a un sistema de enjuiciamiento cualquiera que sea, excepto acusatorio.

En segundo lugar, se equivoca la Corte Constitucional cuando afirma que, para determinar si la participación de la víctima resulta incompatible con la estructura constitucional del proceso penal, se debe considerar la etapa procesal de la que

se trata. Este es un error mayúsculo que, de manera sistemática, repite la Corporación, pues siempre que analiza las facultades de la víctima para intervenir de manera activa y directa en el proceso penal lo hace de cara a la etapa procesal correspondiente, para considerar que puede intervenir en todas las fases del proceso, excepto en algunos momentos del juicio –a ella se le permite alegar de conclusión en esa etapa del proceso–, pues entiende que el principio acusatorio es exclusivo de este último por lo cual se le permite: a) solicitar la práctica de pruebas anticipadas, porque se llevan a cabo antes del juicio oral, aun cuando se trata de una anticipación excepcional del juicio; b) solicitar pruebas, porque ello tiene ocurrencia antes de la iniciación del juicio oral, pero que no pueda practicarlas en la medida en que ello ocurre en esa etapa del proceso. Además, c) participar en el descubrimiento probatorio, pues ello acontece en etapas anteriores al juicio, aun cuando el descubrimiento probatorio es una característica esencial de un sistema acusatorio y se constituye en una garantía de las partes, que lo son, esencial y de forma exclusiva, el acusador y el acusado; d) presentar alegatos de conclusión clausurando un debate en el que no participó; y, e), solicitar medidas de aseguramiento y su modificación porque ello acontece antes del juicio oral, aun cuando, según la Constitución Nacional, esa competencia esta atribuida a la Fiscalía General de la Nación.

Por lo anterior, contrario a lo manifestado por la Corte Constitucional, el principio acusatorio es una característica de todo el sistema de enjuiciamiento penal que se revela en cada una de las fases que lo componen y no del juicio de manera exclusiva. Nótese que figuras propias de un sistema acusatorio como el plasmado en la ley, tienen ocurrencia por fuera de la etapa del juicio oral, incluso prescindiendo de él; ello ocurre, por ejemplo, en las terminaciones anticipadas del proceso penal con ocasión de la aplicación del principio de oportunidad, la preclusión de la investigación, los mal llamados preacuerdos y las negociaciones, la suspensión del procedimiento a prueba, el descubrimiento probatorio, etc. De tal forma, no es cierto que lo acusatorio se predica solo del juicio oral sino de todo el proceso, lo cual significa que en el curso de toda la actuación se debe garantizar, entre otros, el principio de igualdad de armas, motivo por el cual la etapa procesal de la que se trate no puede ser determinante para establecer si la intervención de la víctima de manera directa y activa en el proceso penal es incompatible con la estructura constitucional del proceso penal.

Como se ve, los esfuerzos de la Corte Constitucional de cara a ponderar los derechos de las víctimas a participar de manera activa y directa en el proceso penal y el principio de igualdad de armas, propio de un sistema penal acusatorio, fueron equívocos, pues terminaron por generar el efecto contrario, esto es, vulnerar el principio de igualdad de armas, inclinar la balanza en desfavor del acusado; sin embargo, la solución no está en restarle a la víctima toda participación activa y directa en el proceso penal, sino en encontrar el punto medio en donde la balanza no se incline a favor de uno y en desfavor de otro.

Para tales fines, el análisis de la participación de la víctima en las diferentes etapas del proceso penal debe hacerse de cara a la satisfacción de sus intereses a la verdad, la justicia y la reparación; todo ello de la mano de un verdadero test de ponderación

o de proporcionalidad, pues se debe determinar cómo solucionar la colisión entre dos tipos de principios (Alexy, 1993, pp. 111 y ss.; Corte Constitucional, sentencia C-022, 1996): de un lado, el llamado principio acusatorio del cual forma parte el axioma de igualdad de armas y, del otro, el principio del libre acceso a la administración de justicia penal, que tiene la víctima. Entonces, si con la facultad pretendida no se satisface alguno de estos intereses, la víctima no podrá intervenir de manera activa y directa en el proceso penal. Si, por el contrario, se advierte que su aportación está dirigida a la consecución de uno cualquiera de tales intereses, se deberá permitir su intervención. Eso sí, siempre que no se socaven las bases estructurales del sistema penal acusatorio, para generar una desigualdad de armas para lo cual se deberá analizar la naturaleza del instituto o de la facultad que se pretende.

Planteada así la tesis central de esta incursión académica, a continuación se examinan algunas prerrogativas concedidas a la víctima por intermedio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de cara a la regla esbozada, a fin de establecer si, con su ejercicio, se vulnera o no el principio de igualdad de armas. El análisis debe comenzar por la facultad que tiene la víctima para solicitar la práctica de pruebas, bien de manera anticipada ante el juez con funciones de control de garantías, ora, en la audiencia preparatoria ante el juez con funciones de conocimiento.

Pues bien, como ya quedó visto, el primer nivel de análisis obliga a establecer si existe una relación entre la facultad pretendida y los intereses de la víctima a la verdad, la justicia y la reparación. En efecto, frente a la omisión de la Fiscalía General de la Nación de solicitar la práctica de una prueba fundamental para estructurar su teoría del caso, los intereses de la víctima podrían verse huérfanos de protección, pues, sin la incorporación de evidencia tan fundamental, el resultado del juicio podría ser contrario a los intereses de la víctima a obtener verdad y justicia; piénsese, por ejemplo en un asunto en donde el ente acusador omite solicitar el testimonio del perito que rindió el informe pericial sobre las causas de la muerte del occiso, luego, entonces, existe una relación entre los intereses de la víctima y las facultades aludidas, razón por la cual el primer nivel se encuentra satisfecho.

El segundo nivel de argumentación obliga a establecer si, con el otorgamiento de la facultad exigida, no se socavan las bases estructurales del sistema penal acusatorio y genera una desigualdad de armas, por lo cual se deberá analizar la naturaleza del instituto o de la facultad que se pretende. Pues bien, como quedó visto, en un sistema penal acusatorio, es al acusador a quien le corresponde probar que el delito existió y que el acusado es su responsable, por ende, permitir que la víctima solicite pruebas en cualquier etapa del proceso dirigidas a demostrar la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado, sería tanto como otorgarle una facultad inherente del acusador, convirtiéndose ella en un contendor adicional lo que, a todas luces, vulnera el principio adversarial y, de contera, el principio de igualdad de armas.

Adicional a lo expuesto, la omisión de la Fiscalía General de la Nación en el cumplimiento de las funciones que le son inherentes no justifica, de modo alguno, que la víctima pueda desplazarla en el rol que desempeña, ello significa, ni más ni

menos, que aquella pasaría de ser un interviniente especial a convertirse en una parte con las mismas facultades del acusador y del acusado, con la consiguiente desnaturalización del sistema procesal de adversarios. En conclusión, con independencia del momento procesal en el cual se practica la prueba –bien en una audiencia preliminar ante el juez con funciones de control de garantías o en la audiencia del juicio oral ante el juez de conocimiento–, permitirle a la víctima participar en el debate probatorio la convierte en un segundo acusador o contradictor, con la indiscutible vulneración del principio de igualdad de armas. Por lo anterior, consentir a la víctima que solicite la práctica de pruebas es inconstitucional, pues cambiaría la naturaleza misma de la Constitución en la cual se dispone un sistema procesal penal acusatorio, caracterizado por el principio de igualdad de armas.

Para seguir con el estudio de algunas facultades que la Corte Constitucional le reconoce a la víctima, debe ahora hacerse referencia a la posibilidad de participar en el descubrimiento probatorio, bien en la audiencia de formulación de acusación, ora, en la audiencia preparatoria. Adentrándose en el examen del primer nivel de análisis, que obliga a establecer si existe una relación entre la facultad pretendida y los intereses de la víctima a la verdad, la justicia y la reparación, se tiene que, en primer lugar, podría existir una relación directa o indirecta entre tales prerrogativas y los interés de la víctima a obtener esos derechos en aquellos casos en los cuales la Fiscalía incumpla con el rol que constitucionalmente le viene signado; por ejemplo, en un asunto en el cual el ente acusador no solicite la exclusión de una prueba ilícita, o la inadmisión de una prueba impertinente o inútil, etc., encontrándose así satisfecho el primero de los requisitos.

Ahora bien, según el planteo asumido, corresponde examinar la naturaleza del instituto o de la facultad que se pretende ejercer, que en este caso lo es, participar en el descubrimiento probatorio, a fin de establecer si, con la intervención de la víctima en esa actividad procesal, se vulnera el principio de igualdad de armas, es decir, si con su intervención se inclina o no la balanza en favor de una parte y en desfavor de la otra. Como ya se indicó, el descubrimiento probatorio es una manifestación concreta del principio de igualdad de armas, que tiene como propósito que cada parte –acusador y acusado– conozca el material de convicción que su contradictor hará efectivo en el juicio oral, evitando la presentación sorpresiva de elementos de convicción, lo que comprometería gravemente los derechos de defensa y contradicción. Entonces, en un sistema penal acusatorio, el descubrimiento probatorio está previsto de manera exclusiva para las dos partes opuestas –acusador y acusado– y les garantiza que la contienda se va a surtir en igualdad de armas.

Por ello, permitirle a la víctima que participe en esta fase del proceso genera un resquebrajamiento del sistema de enjuiciamiento criminal, concretado a partir del debate realizado por dos contrarios frente a un juzgador imparcial, de donde se desprende la imposibilidad de autorizar la participación de un tercero, lo cual resulta inadmisibile. Por lo anterior, aprobar que la víctima participe en el descubrimiento probatorio es inconstitucional, dado que cambia la naturaleza misma de la Constitución, cuando establece un sistema procesal penal acusatorio caracterizado por el principio de igualdad de armas.

*Contrario sensu*, no contrarían la Constitución Nacional la posibilidad de que la víctima controvierta la sentencia absolutoria (Art. 176) o la decisión que se emite como consecuencia de acuerdos realizados entre el imputado y la Fiscalía General de la Nación (Art. 35. Inc. 5°, 446 y 447), aquella como producto de una solicitud de preclusión por parte del fiscal (Art. 332, 333 y 334); la decisión a través de la cual la fiscalía aplica el principio de oportunidad, una vez sometida al control del juez de control de garantías (Art. 327 y 329); el archivo definitivo de la actuación por la aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba (Arts. 325, 326 y 327) e, incluso, la orden de archivo de las diligencias (Art. 49).

Acorde con el examen del primer nivel de análisis, resulta evidente que existe una relación directa entre tales prerrogativas y la satisfacción de los intereses de la víctima a la verdad, la justicia y la reparación; lo que se hace más evidente cuando se trata de las distintas formas de terminación anticipada del proceso, en donde, posiblemente, podría existir una confrontación entre los intereses de las víctimas y los de la Fiscalía General de la Nación. Adicional a esto, el ejercicio de tales prerrogativas no implica un resquebrajamiento de las bases estructurales del sistema penal acusatorio, ni genera un desbalance en la contienda, y, por lo tanto, no genera una violación al principio de igualdad de armas como quiera que en tales fases la contienda ya ha finalizado.

## Conclusiones

Así las cosas, en un contexto en el cual se observa la irrupción de la víctima en el derecho penal (Bustos y Larrauri, 1993, pp. 9 y ss., 43 y ss.), al punto de que se habla de un 'renacimiento' de la misma (Eser, 1992, pp. 13 y ss.), después de mirar si su marcada injerencia en el proceso penal colombiano desborda el postulado de la igualdad de armas, llegados a esta instancia del análisis, debe decirse lo siguiente:

A partir del Acto Legislativo 03 de 2002, por medio del cual se modificaron los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Nacional, y con la consecuencial promulgación de la Ley 906 de 2004, se implantó en el ordenamiento procesal un sistema penal acusatorio, razón por la cual el legislador le concedió a la víctima escasos escenarios de participación encomendándole a la Fiscalía General de la Nación la defensa de sus intereses.

Así mismo, como ya se dijo, el órgano encargado del control de constitucionalidad en plan de ser coherente con sus decisiones, y para asegurar la protección efectiva de los derechos constitucionales de la víctima a la verdad, la justicia y la reparación, le otorgó ciertos derechos y facultades que le permiten una participación activa y directa en el proceso penal; de esta manera, se generó un desbalance en la contienda a favor del ofendido y en disfavor del acusado, lo cual vulnera el principio de igualdad de armas.

Una de las razones por las cuales la Corte Constitucional erró al momento de ponderar los derechos de las víctimas y el principio de igualdad de armas fue, justo es decirlo, atender a la etapa procesal de la que se tratase, entendiendo que la víctima puede intervenir de forma directa en todas las fases del proceso, excepto

en algunos momentos del juicio, pues estima que el principio acusatorio es exclusivo de este último cuando, como ya quedó evidenciado, se trata de una característica de todo el sistema de enjuiciamiento penal que irradia cada una de las fases que lo componen, y no solo del juicio. Por ese motivo, la etapa procesal no puede ser determinante para establecer si la intervención de la víctima, de manera directa y activa en el proceso penal, es incompatible con la estructura constitucional del proceso penal.

Así las cosas, este trabajo propone una regla aplicable a todos los eventos en donde se pretenda otorgarle a la víctima la posibilidad de intervenir de manera activa y directa en el proceso penal, en virtud de la cual se pueda encontrar el punto medio en donde la balanza no se incline a favor de uno y en desfavor de otro; todo ello, de la mano de un verdadero test de proporcionalidad o de ponderación, con el cual se busca resolver el conflicto entre los dos principios en juego: el libre acceso a la administración de justicia penal y la igualdad de armas como expresión del postulado más general, denominado principio acusatorio.

## Referencias

- Abramovich, V. (2007). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*. Washington: Organización de los Estados Americanos-Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>
- Acto Legislativo 03 (2002, diciembre 19). Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Diario Oficial No. 45.040, Congreso de la República de Colombia.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Trad. E. Garzón-Valdés). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ambos, K. (2005). *Principios del proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Auto 39449 (2013, diciembre 11). Casación. M. P. Eyder Patiño Cabrera. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 45667 (2015, mayo 20). Casación. M. P. María del Rosario González Muñoz. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Baumann, J. (1986). *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales* (Trad. C. A. Finzi). Buenos Aires: Depalma.
- Baytelman, A., y Duce, M. (2004). *Litigación Penal: Juicio Oral y Prueba*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Bernal, J. y Montealegre, E. (2013). *El proceso penal. Fundamentos Constitucionales y Teoría General* (tomo I, 6 ed.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Bovino, A. (1998). *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Bustos, J. y Larrauri, E. (1993). *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*. Barcelona: PPU.
- Caso Sorrentino *vs.* United States (1947, septiembre 4). 163F.2d 627. U.S. Supreme Court. Recuperado de <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/163/627/1498351/>
- Caso United States *vs.* Conforti (1953, enero 13). 200F.2d 365. U.S. Supreme Court. Recuperado de <https://casetext.com/case/united-states-v-conforti-3>
- Caso Portomene *vs.* United States (1955, abril 27). 221F.2d 582. U.S. Supreme Court. <http://openjurist.org/221/f2d/582/portomene-v-united-states>
- Caso Roviario *vs.* United States (1957, marzo 25). 353 U.S. 53. U.S. Supreme Court. Recuperado de <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/353/53.html>
- Caso Brady *vs.* Maryland (1963, mayo 13). 373 U.S. 83. U.S. Supreme Court. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/case.html>
- Caso Giglio *vs.* United States (1972, febrero 24). 405 U.S. 150. U.S. Supreme Court. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/150/case.html>
- Caso United States *vs.* Agurs (1976, junio 24). 427 U.S. 97. U.S. Supreme Court. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/427/97/case.html>
- Caso United States *vs.* Bagley (1985, julio 2). 473 U.S. 667. U.S. Supreme Court. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/667/case.html>
- Caso Kyles *vs.* Whitley (1995, abril 19). 514 U.S. 419. U.S. Supreme Court. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/419/>
- Caso Ofner and Hopfinger *vs.* Austria (1963, abril 5). Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Caso Neumeister *vs.* Austria (1968, junio 27). Application No. 1936/63. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado de <http://freecases.eu/Doc/CourtAct/4551732>
- Caso Delcourt *vs.* Belgica (1970, enero 17). Application No. 2689/65. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/>
- Caso Brandstetter *vs.* Austria (1991, agosto 28). Application No. 11170/84; 12876/87; 13468/87. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/>



- Caso Bulut *vs.* Austria (1996, febrero 22). Application No. 17358/90. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/>
- Caso Fischer *vs.* Austria (2002, enero 17). Application No. 33382/96. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/>
- Caso Lanz *vs.* Austria (2002, enero 31). Application No. 24430/94. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/>
- Caso Ócalan *vs.* Turquía (2005, mayo 12). Application No. 46221/99. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/>
- Cerón, L. E. (2008). *La víctima en el proceso penal colombiano. Un análisis constitucional de la Ley 906 de 2004 desde una perspectiva victimológica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Constitución Política (1991). Congreso de la República de Colombia. Colombia.
- Córdoba, M. F. (2003). Protección de la víctima en el nuevo sistema procesal colombiano. *Derecho penal y Criminología*, 24(74), 75-91.
- Chocrón, A. M. (2008). Fundamento constitucional de la protección a las víctimas en el proceso penal español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLI(122), 691-715.
- Daza, A. (2009). El principio de igualdad de armas en el sistema penal colombiano a partir del Acto Legislativo 03 de 2002. *Revista de Derecho Principia Iuris* (12), 121-145.
- De Vicente, J. (1997). La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro. Silva, J. M. (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal* (Libro Homenaje a Claus Roxin) (pp. 173-206). Barcelona: Bosch.
- Duce, M. (2014). Algunas reflexiones sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal chileno. *La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva Jurídica y criminológica. Política criminal*, 9(18), 739-815.
- Eser, A. (1992). Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales. En J. B. Maier (Comp.), *De los delitos y de las Víctimas* (pp. 13-52). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Esparza, I. (1994). *El principio del debido proceso*. Tesis Doctoral. Castellón: Universidad de Castellón. Recuperado de <http://www.tesisenred.net/handle/10803/10427>
- Fernández, W. (1999). *Procedimiento Penal Constitucional: Constitución política y proceso. Derechos fundamentales. Derecho comparado. Doctrina - jurisprudencia..* Bogota: Ediciones Librería del Profesional.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (9 ed.) Madrid: Trotta.

- Gaceta del Congreso* No. 134. (2002). Bogotá: Congreso de la República. Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v\\_num=134&v\\_anog=2002](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=134&v_anog=2002)
- Gaceta del Congreso* No. 148. (2002). Bogotá: Congreso de la República. Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v\\_num=148&v\\_anog=2002](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=148&v_anog=2002)
- Gaceta del Congreso* No. 232. (2002). Bogotá: Congreso de la República. Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v\\_num=232&v\\_anog=2002](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=232&v_anog=2002)
- Gaceta del Congreso* No. 531. (2002). Bogotá: Congreso de la República. Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v\\_num=531&v\\_anog=2002](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=531&v_anog=2002)
- Gaviria, V. E. (2009). Estado actual de los derechos de las víctimas en el proceso penal: evolución (¿involución?) dogmática, jurisprudencial y legislativa. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 30(89), 37-71.
- Gaviria, V. E. (2012). Descubrimiento y solicitudes probatoria por parte de la víctima. *Revista Derecho Penal y Criminología*, XXXIII(94), 13-35.
- Gaviria, V. E. (2015). *Víctimas, Acción Civil y Sistema Acusatorio*. (5 ed.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gimeno, V. (2007). *Manual de derecho procesal penal*. (2. ed.) Madrid: Colex.
- Gómez, J. L. (2008). *La reforma estructural del proceso penal y la elección del modelo a seguir*, 1-59. Recuperado de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_92.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_92.pdf)
- Gómez, J. L. (Coord.) (2013). *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2015). *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Guerrero, Ó. J. (2004). Las víctimas en el contexto del Derecho Procesal penal colombiano (perfiles comparativos). *La reforma del proceso penal peruano. Anuario de Derecho Penal 2004* (418-443). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial/Universidad de Friburgo.
- Guerrero, Ó. J. (2005). *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Horvitz, M. I. y López, J. (2004). *Derecho Procesal Penal Chileno* (T. II). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44097. 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. 45658. Congreso de la República de Colombia, septiembre de 2004.
- Ley 1826 de 2017. Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado. Diario Oficial No. 50 114, enero de 2017.
- Maier, J. B. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, (2. ed., 3 reimpresión). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Márquez, A. (2006). Las víctimas en el nuevo sistema procesal acusatorio y su reconocimiento por la Corte Constitucional. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, IX (18), 127-151.
- Márquez, A. (2009). Facultades de las víctimas como sujetos procesales en el sistema acusatorio de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, XII(23) 21-33.
- Molina, C. M. (2010). *La víctima en el proceso penal*. (2 ed.) Medellín: Diké-Editorial CES.
- Moore, H. (1831). *Dictionary of Quotations from Various Authors in Ancient and Modern Languages*. London: Printed for Whittaker, Treacher & co.
- Parra, M. V. (2010). *La Transformación del Derecho en Colombia: su incidencia en el tratamiento de la víctima en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pataki and Dunshirn vs. Austria. (1963, marzo 28). Report. No. 31/63. Comisión Europea de Derechos Humanos.
- Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002. Congreso de la República de Colombia, abril de 2002.
- Reyes, Y. (2007). La acción civil derivada de la comisión de un delito y el sistema procesal penal adversarial. *Memorias del XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 65-94). Bogotá: Universidad Libre.
- Rodríguez, V. (1998). El debido proceso legal y la convención americana sobre derechos humanos. *Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio* (Vol. II, pp. 1295-1328). San José: Ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. (25 ed.) Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sampedro, C. (2003). Sujetos procesales dentro del proceso penal colombiano. Acto Legislativo 03 de 2002. En A. J. Cancino (Comp.): *Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica. Homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de Rectoría 1963-2003* (pp. 341-349). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sampedro, C. (2003a). Bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano. *Estado actual de la justicia colombiana: Bases para la discusión del nuevo*

*Sistema Procesal Penal Colombiano* (Vol. 2, pp. 289-298). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sampedro, J. A. (2008). Los derechos humanos de las víctimas: Apuntes para la reformulación del sistema penal. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional* (12), 353-372.

Sampedro, J. A. (2012). Apuntes para una rehumanización de la justicia penal: en busca de un modelo re-creativo del sistema penal desde las víctimas. *Revista Derecho Penal Contemporáneo* (41), 133-152.

Sánchez, E. M. (2004). La teoría del delito en un sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio. *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional* (7), 107-128.

Sentencia C-022 (1996, enero 23). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional.

Sentencia C-228 (2002, abril 3). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional.

Sentencia C-591 (2005, junio 9). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional.

Sentencia C-1194 (2005, noviembre 22). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional.

Sentencia C-454 (2006, junio 7). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional.

Sentencia C-209 (2007, marzo 21). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional.

Sentencia C-343 (2007, mayo 9). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional.

Sentencia C-396 (2007, mayo 23). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional.

Sentencia C-118 (2008, febrero 13). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional.

Sentencia C-536 (2008, mayo 28). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional.

Sentencia C-069 (2009, febrero 10). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional.

Sentencia C-616 (2014, agosto 27). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional.

Sentencia C-471 (2016, agosto 21). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Alejandro Linares Cantillo. Corte Constitucional.

- Sentencia C-473 (2016, agosto 31). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.
- Sentencia 25920 (2007, febrero 21). Casación. M. P. Javier Zapata Ortíz. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 29118 (2008, abril 23). Casación. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 31614 (2009, julio 22). Casación. M. P. Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 37596 (2011, diciembre 7). Segunda instancia. M. P. José Luis Barceló Camacho. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Vanegas, M. (2008). Panorama de la problemática a propósito del papel de la víctima en los procedimientos penales de la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004: logros, retrocesos y desafíos. *Temas Vigentes en Materia de Derecho Procesal y Probatorio. Homenaje al Dr. Hernando Morales Molina* (pp. 360-384). Bogotá: Universidad del Rosario.

# LOS LÍMITES A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LOS BENEFICIOS PUNITIVOS OTORGADOS A LAS FARC-EP

## *THE LIMITS TO THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF OPPORTUNITY AND THE PUNITIVE BENEFITS GRANTED TO THE FARC-EP*

*Katalina Gaitán Torres\**

### **Resumen**

El principio de oportunidad ha sido entendido como una institución que le permite al ente fiscal o al ministerio público (como se le denomina en otros países) suspender, interrumpir o desistir del ejercicio obligatorio de la acción penal; por ello, en la Ley 906 de 2004 se prevé un amplio catálogo de causales que le posibilitan a la Fiscalía definir en qué eventos procede esa figura. No obstante, en el desarrollo de este trabajo se advierte que los más destacados límites para su aplicación se corresponden con la imposibilidad de aplicarlo, cuando la investigación penal recae sobre crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En ese orden de ideas, aquí, luego de resaltar los controles mencionados, se ponen en contexto los beneficios punitivos y procesales otorgados a los integrantes de las FARC-EP con ocasión de la terminación del conflicto armado, a partir de lo cual se busca precisar si el llamado Nuevo Acuerdo Final con esa agrupación, respeta o no los límites en la aplicación del principio de oportunidad.

### **Palabras claves**

Acción penal, principio de legalidad, principio de oportunidad, víctimas, acuerdo de paz, amnistía.

### **Abstract**

The principle of opportunity has been understood as an institution that allows the fiscal entity or the public prosecutor (as it is called in other countries) to suspend, interrupt or desist from the mandatory exercise of criminal action; therefore, Law 906 of 2004 provides for a wide catalog of causes that enable the Public Prosecutor's Office to define in which events that figure comes from. However, in the development of this work it is noted that the most important limits to its application correspond to the impossibility of applying it, when the criminal investigation falls on crimes against humanity or serious violations of human rights and international humanitarian law. In this context, here, after highlighting the aforementioned

---

\* Abogada, Especialista en Derecho Penal y Maestra en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

controls, the punitive and procedural benefits granted to members of the FARC-EP on the occasion of the end of the armed conflict are put into context, from which it is sought to specify If the so-called New Final Agreement with that grouping, respects or does not respect the limits in the application of the principle of opportunity.

### Key words

Criminal action, principle of legality, principle of opportunity, victims, peace agreement, amnesty.

### Introducción

El principio de oportunidad es una institución desarrollada por la doctrina, que lo entiende como una figura idónea para descongestionar los despachos judiciales, por cuanto se le otorga al ente fiscal la facultad de suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, acorde con unas determinadas directrices propias de la política criminal del respectivo Estado; ello, como es obvio, permite dirigir de manera efectiva las investigaciones hacia las infracciones a la ley penal que resulten de mayor prioridad, es decir, aquellas en las cuales se encuentren significativamente comprometidos los bienes jurídicos tutelados (Maier, 1989, p. 188), así sea cierto que esta institución premial al igual que otras deba soportar agudas críticas (Sánchez, 2005, p. 9).

Desde luego, no se puede perder de vista que esta figura se incluyó en el ordenamiento jurídico para ser aplicada de manera excepcional, como lo indica una lectura del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 que señala un amplio abanico de causales para su empleo; pero, obsérvese, siempre de cara a preservar el principio de legalidad como axioma general, con lo cual el legislador se suma al intrincado debate entre legalidad y oportunidad que preside toda la discusión en estos ámbitos, sea que se esgriman razones a favor o en contra de uno u otro a manera de marco teórico de la discusión (Hassemer, 1988, pp. 8-10; Lamadrid, 2015, pp. 298 y ss.; Velásquez, 2010, pp. 15-16).

Ello, por supuesto, supone una restricción a las actuaciones del fiscal en esta materia en cuya virtud la autoridad judicial no puede acudir a esa institución de manera arbitraria y deliberada para beneficiar a unos o perjudicar a otros. Justo en ese contexto se busca precisar si, en el marco de los acuerdos de paz con las FARC-EP, a cuyos integrantes se les conceden innumerables beneficios punitivos y procesales (Nuevo Acuerdo Final, 2016), se vulneran o no los límites a la aplicación del principio de oportunidad; este es, pues, el problema de investigación que concita esta reflexión académica y lleva la pregunta ínsita que se debe responder.

El objetivo principal de la investigación es, pues, en el marco del debate entre legalidad y oportunidad que sacude al derecho penal colombiano, precisar si se sacrifica o no el principio de legalidad y se le da amplia cabida al segundo o ambos, cuando se piensa en que se ampara con grandes beneficios punitivos y procesales a quienes han cometido graves crímenes de lesa humanidad y que desconoce el derecho internacional humanitario. Por supuesto, se buscan unos objetivos especí-

ficos: de un lado, hacer un análisis en torno a las causales esenciales de aplicación de este instituto para destacar –de una parte– que una de sus características más sobresalientes es que su empleo no debe suponer la realización de conductas ilícitas, que afecten de manera grave los intereses de la víctima y de la sociedad; y, por otra parte, que como norma general la víctima sea indemnizada para que el imputado pueda ser beneficiado con la aplicación de este mecanismo. Además, se quiere mostrar que los beneficios otorgados a la citada organización criminal superan todos los límites posibles de aplicación del principio de oportunidad y, además, rompen el principio de legalidad.

La metodología utilizada en este trabajo se corresponde con la analítica puesto que, una vez planteados el problema de investigación y sus respectivos objetivos, se reunió una importante documentación bibliográfica respecto a los diversos temas a abordar, la misma que ha servido de marco para la reflexión. Además, se consultó la jurisprudencia de las altas cortes de cara a identificar las posturas adoptadas en relación con el asunto que es eje central de indagación y de reflexión, sin desconocer algunas precisas directrices de la jurisprudencia internacional.

Por ello, en primer lugar y para aterrizar al punto neurálgico del debate, resulta de vital importancia remitirse a las épocas primigenias del derecho para contextualizar la ubicación histórica de ese instituto. Así mismo, en segundo lugar, se busca identificar los aspectos generales del principio de oportunidad, es decir, acercarse a una noción que permita entender en qué consiste la institución y cuáles son sus principales supuestos desde la óptica de la doctrina y la jurisprudencia.

Además, en tercer lugar, una vez hechos los apuntes históricos y establecidos los conceptos básicos sobre la figura, se abordan los límites doctrinarios y jurisprudenciales de cara a la aplicación de este instituto, los mismos que se infieren de la normativa procesal penal. En particular, se pretende mostrar que los límites para la aplicación del principio de oportunidad se corresponden con los lineamientos establecidos por los tratados internacionales sobre la materia, en los cuales se destaca que su utilización supone un compromiso obligatorio para los Estados quienes, no obstante, no lo pueden hacer en ciertos casos en los cuales –en atención a la gravedad de las conductas punibles– la investigación y el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad impone, en todo caso, que brillen la verdad, la justicia, la reparación y que no haya repetición.

De esta manera, en cuarto lugar, en este marco de reflexión es importante precisar si, con ocasión de la anunciada terminación del conflicto armado en Colombia, esta última prohibición se respeta en atención a que ya se han regulado una serie de beneficios como amnistías, indultos y mecanismos de tratamiento especial en beneficio de los grupos alzados en armas, de donde se infiere la imposibilidad práctica de investigar los crueles crímenes a los que se ha visto sometida la población colombiana, en virtud del accionar de los integrantes de las llamadas FARC-EP. Ello, por supuesto, redundaría de forma cínica en una mayor manifestación de impunidad cuando se trata de sancionar conductas ampliamente reconocidas como punibles, sobre todo, se repite, en tratándose de crímenes como los ya



señalados. Para culminar, en último lugar, se consignan las conclusiones de esta reflexión académica.

### Ubicación histórica

El derecho penal se ha entendido como un “conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que señalan cuáles son los hechos que acarrearán las sanciones más gravosas que puede imponer y de qué manera los individuos que los protagonizan pueden llegar a ser castigados” (Terragni, 2012, p. 3); por ello, este sector del ordenamiento jurídico es la máxima expresión del poder punitivo del Estado, mediante la cual se busca, al disponer de las sanciones más drásticas de todo el arsenal jurídico, organizar la vida en sociedad (López, 2012, p. 12).

Ese derecho penal tradicional ha estado asentado en la idea de retribución, sea que se opte por visiones para las cuales la sanción se deriva de la sabiduría de Dios, quien en la tierra cuenta con una ‘delegación divina’, en virtud de la cual sus delegados son instrumentos para que a su nombre administren justicia (retribución divina) (Jiménez de Asúa, 1964, pp. 39-46); o sea que se entienda que la sanción se traduce en el ejercicio de la venganza (retribución vindicativa). Así mismo, se estima que el castigo debe producir sufrimiento en el infractor, como sucede cuando el trabajo carcelario comporta una agotante y dolorosa actividad por cuanto las condiciones son altamente exigentes, tales como la imposibilidad de descansar en el desarrollo de las actividades desempeñadas, las pocas horas de sueño –máximo cinco– y la alimentación mala y precaria a la que acceden las personas privadas de la libertad (retribución expiatoria); amén de aquellas posturas según las cuales, al estilo de I. Kant, “[e]l Derecho penal es el derecho que tiene el representante del poder sobre el individuo sujeto a él a fin de penarle por un delito, mediante la inflicción de dolor” (Jiménez de Asúa, 1964, p. 41), de tal manera que así se logra llegar a la comunidad para que otros eviten cometer conductas que atenten contra el orden social (retribución moral).

Desde luego, con independencia de la concepción retributiva por la que se opte –y conste que a su lado aparecen las posturas prevencionistas y las mixtas (Ferrajoli, 1997, pp. 247 y ss.; Velásquez, 2017, pp. 153 y ss.)–, lo cierto es que, ante toda conducta que vaya en contravía de los intereses individuales y colectivos, es necesaria la imposición de una sanción estricta, que se compadezca con los perjuicios que se puedan ocasionar a la víctima; solo así la sociedad entenderá que causar daño en la integridad de otra persona, robar o matar, acarrearán consecuencias que se pagan tanto en dinero como con sufrimiento.

No obstante, debe tenerse en cuenta que los diversos sistemas penales desde épocas primigenias ofrecen dentro de sus instituciones formas idóneas, y tal vez dolorosas, para solucionar los trances que se originan entre los infractores y sus víctimas; en verdad, se observaban por lo menos cuatro sistemas (Soler, 1987, pp. 61-68; Velásquez, 2017, p. 223-225): en primer lugar, la venganza privada en virtud de la cual –según su gravedad– las penas consistían en la aniquilación total de infractor, en azotamiento o en la compensación económica a favor de la víctima,

aunque en los hechos más cuestionables tomaba la forma de la venganza de la sangre.

En segundo lugar, en la época primitiva imperó el sistema talonial que permitió tasar la pena según la gravedad de la lesión jurídica; aquí aparece la ley del talión, propia del Código de Hammurabi, de las Doce Tablas y de la legislación mosaica. En el Código de Hammurabi, ya se ofrecían distintas formas de culminar un conflicto tales como la indemnización, la reparación del daño, la conciliación, figuras estas que operaban en materia civil, laboral, penal, administrativa y militar (Molina, 2010, p. 188; Vásquez & Mojica, 2010, p. 11).

Sin embargo, en tercer lugar, no en todos los eventos el infractor se encargaba de asumir las consecuencias de sus actos, porque en algunos casos las sanciones se hacían extensivas a las familias o a terceros, con lo cual se compensaba el daño de forma proporcional mediante un sistema de pagos propio del sistema compositivo (Soler, 1987, p. 68). Y, añádase, en cuarto lugar, también se observaba la expulsión de la paz, que permitía separar del grupo al infractor con lo cual se le exponía a la venganza del ofendido o de la tribu (abandono noxal).

Con el transcurso del tiempo las instituciones evolucionaron y, en lo que respecta a la ley del talión, ella quedó sin aplicación, porque la sociedad empezó a verse enfrentada a nuevos sistemas de administración de justicia, en virtud de los cuales un tercero –juez– se encargaba de decidir el modo de solucionar los conflictos. No obstante, en sus orígenes, el ejercicio del poder punitivo llevaba consigo la desproporción en las políticas de sanción, trayendo como consecuencia la arbitrariedad y la desigualdad. Con posterioridad, surgirá la figura del inquisidor que contaba con la facultad de iniciar un pleito contra cualquier persona que pudiera ser sospechosa de una conducta reprochable; no obstante, aquellos individuos que comparecieran de manera voluntaria a confesar su herejía, se les sancionaba con penas menores que a los que se debía juzgar y condenar.

Lo anterior, permite acercarse al criterio de oportunidad, como forma eficaz de celeridad procesal puesto que al infractor de la ley se le concedía un plazo aproximado de treinta (30) días para llevar a cabo una confesión libre y espontánea. Además, es importante resaltar que los inquisidores formaron un grupo, denominado Consejo, conformado por clérigos y laicos, que dentro de sus distintas funciones ayudaban a dictar un veredicto; a su vez, el Consejo permitía dictar órdenes de arresto contra aquellos testigos de quienes se sospechaba que mentaban en sus declaraciones (Vásquez & Mojica, 2010, p. 14). Después, llegarán los sistemas acusatorios y las herramientas que hoy conforman el principio de oportunidad en sentido amplio y se extenderán a través de los códigos penales –aunque todavía no aparecían en el C.P. de 1808 (Armenta, 1991, p. 30)–; aquí, es muy importante destacar su surgimiento en Alemania en el siglo XIX (Lamadrid, 2015, pp. 61 y ss.) hasta llegar a las modernas codificaciones (Schünemann, 2004, pp. 175 y ss.).

Luego, la evolución vendrá jalonada por los instrumentos internacionales como se infiere del art. 5.1 de las Reglas Mínimas sobre las medidas no privativas de

libertad (Oficina del Alto Comisionado, 1990); o de las directrices del Consejo de Ministros del Consejo de Europa (Recomendación R (87) 18, septiembre 17), organismo este que fue claro al señalar directrices en este ámbito para indicar a los países miembros que era indispensable acelerar la justicia penal, a cuyo efecto sugirió el modelo americano del *guilty plea* como mecanismo enderezado a simplificar y agilizar el proceso penal de los países miembros. Por supuesto, quienes ubican el origen del principio de oportunidad a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX suelen distinguir, por lo menos, tres períodos en su evolución: la primera, anterior a la Primera Guerra Mundial; la segunda, en el período entreguerras; y, finalmente, la posterior a la conclusión de la Segunda confrontación bélica, cuyas características se mantienen invariables hoy (Armenta, 1991, p. 52).

En conclusión, pues, conviene subrayar que el principio de oportunidad no es novedoso como vía alterna a la solución de los conflictos que dan origen a investigaciones adelantadas por el ente fiscal, en atención a que, desde épocas primigenias, las negociaciones y/o indemnizaciones que buscan restablecer a la víctima con miras a evitar un litigio prolongado en el tiempo, son un mecanismo idóneo para evitar un desgaste innecesario para la administración de justicia. Así mismo, debe indicarse que –pese a los ánimos de los infractores de la ley de colaborar con la justicia– siempre quedará en cabeza de los Estados la obligación de adelantar las correspondientes acciones para determinar la existencia de la conducta punible y de sus respectivos responsables.

### Aspectos generales sobre el principio de oportunidad

El principio de oportunidad es una institución consagrada en la legislación procesal penal que se entiende desde la perspectiva anglosajona como “la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal” (Bazzani, 2008, p. 26) para acusar; es decir, por mandato constitucional, le corresponde a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio obligatorio de la acción penal, en acatamiento de las directrices del principio de legalidad “cuya esencia la constituye el que el inicio de la persecución penal no pende de la voluntad de los particulares, sino que tiene lugar oficiosamente en todos los casos, sin atender a razones de conveniencia” (Vargas, 2012, p. 72).

Sin embargo, esta regla contiene una excepción muy particular, porque la Carta Política, en su artículo 250, permite que el ente Fiscal suspenda, interrumpa o renuncie a la persecución penal en determinados eventos, con el fin de aplicar el principio de oportunidad; lo anterior, dentro de los lineamientos de la política criminal señalada por el Estado (Constitución Política, 1991), por lo cual “con esta disposición hemos entrado por la puerta grande al principio más debatido en los últimos años en la doctrina procesal penal” (Guerrero, 2007, pp. 124-125). En ese orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Penal, ha instado a los funcionarios judiciales para darle un adecuado manejo al principio de oportunidad, por cuanto es considerado como un ‘mecanismo idóneo’ que permite terminar de forma anticipada el proceso penal cuando se tratare de “conductas en las que no se haya afectado de manera significativa el bien jurídico” (Corte Suprema de Justicia, sentencias radicado 29183, 2008 y radicado 31362, 2009).

Conviene subrayar, entonces, que el fiscal asume una labor magna, puesto que en sus estudios y conceptos ajustados a la ley se debe advertir una valoración del hecho objeto de investigación penal, es decir, en atención a la gravedad de la conducta ilícita (Miglio, Medero y Epifanio, 2008, p. 3). Ahora bien, adicional a los planteamientos jurídicos que pueda realizar el fiscal, este debe tener en cuenta que los intereses de la víctima deben armonizarse con las decisiones que se relacionen con el deseo de desistir de la acción penal. Lo anterior cobra importancia de acuerdo con la ponderación a cargo del ente fiscal que le permita, entre otras cosas, identificar de forma oportuna los casos que representan de mayor prioridad para llevarlos a juicio (Camargo, Morales y Osuna, 2010, p. 81).

Por ello, se ha dicho que el principio de oportunidad entra en escena en el específico momento en el cual el Estado, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, desiste de la persecución penal en contra del infractor de la ley (Villanueva, 2005, pp. 12-13); de donde se afirma que comporta un medio alternativo al que se acude para solucionar conflictos que no impactan, de manera significativa, los bienes jurídicos que la norma penal protege (Bedoya, Guzmán y Vanegas, 2010, p. 23). De esta manera, el principio de oportunidad busca evitar sanciones que no son necesarias en el marco del derecho penal (Lamadrid, 2015, p. 177); además, persigue lograr la colaboración en el curso del proceso de los individuos que hicieron parte del plan criminal ejecutado y, añádase, desarticular grupos de delincuencia organizada. Por eso, la jurisprudencia constitucional precisa que la aplicación del mismo debe entenderse como una excepción a la regla, en atención a que, en principio, en cabeza del ente fiscal se halla la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal; de ahí que lo tilde como “una institución nuclear del sistema penal de tendencia acusatoria” (Corte Constitucional, sentencia C-387, 2014).

Por supuesto, este entendimiento del principio de oportunidad se corresponde con una definición en sentido estricto, que lo concibe como la facultad que tiene el titular de la acción penal para apartarse de sus actividades de investigación en contra del infractor de la ley (Molina, 2009, pp. 67-68; Lamadrid, 2015, p. 177); este enfoque dista de una visión amplia del mismo, en virtud de la cual se define como la restricción del ejercicio obligatorio de la pretensión penal en los eventos en los que no es necesaria la aplicación del derecho penal, por cuanto la conducta del infractor no es suficiente como para atentar contra los bienes jurídicos tutelados, por lo cual no se hace necesario la imposición de una sanción en contra del encartado (Velásquez, 2010, p. 26).

Así mismo, conviene tener en cuenta que la aplicación del principio de oportunidad en sentido estricto, y de cara al derecho positivo, se presenta cuando se configura una de las causales contenidas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, y estas deben ser de igual forma valoradas en concreto en cada caso por un juez de control de garantías; sin embargo, la capacidad de aplicar el principio emana de manera directa de la facultad discrecional que posee la Fiscalía General de la Nación y es indispensable contar con motivaciones, límites y controles que sean necesarios, para evitar dejar espacios librados a la arbitrariedad (Orejarena, 2007,

p. 27). Por esa razón, la norma consagra las dieciocho (18) causales en virtud de las cuales el ente investigador tiene que encontrar armonía entre la comisión de la conducta punible, la voluntad del imputado para aceptar o no la aplicación del principio de oportunidad, y los intereses de las víctimas. Pero, debe advertirse, con independencia de la causal a la que se deba acudir, es claro que ese ejercicio supone la intervención y verificación por parte del juez de control de garantías como dice la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia, sentencia radicado 39894 de 2015; Corte Constitucional, sentencia C-210, 2010).

De esta forma, el principio de oportunidad es un medio para terminar de manera anticipada un trámite penal, no obstante lo cual, su aplicación genera discusiones porque se ve en ello un incremento de la impunidad; con todo, más allá de lo anterior, conviene resaltar que problemáticas tales como la congestión de los despachos judiciales y la sobrepoblación del sistema penitenciario en nuestro país, hacen necesario introducir espacios para flexibilizar las políticas del sistema penal (Ibáñez, 2005, p. 77). Tal vez por eso, se sostiene que una de las mayores dificultades para la aplicación del principio de oportunidad corresponde a la misma naturaleza del principio de legalidad, en cuya virtud es obligación del Estado actuar frente a toda infracción del derecho penal (Guerrero, 1998, p. 128); de ahí que la doctrina hable de un 'principio de la totalidad', porque se parte del presupuesto de que el Estado debe hacerlo todo y no hace nada (Muñoz, 2006, p. 185). Incluso, existe otra corriente doctrinaria para la cual el principio de oportunidad no supone una alteración de la idea de legalidad sino una excepción al principio de obligatoriedad (Guerrero, 1998).

Muy bien, la propia jurisprudencia se encarga de señalar cuáles son las características esenciales de esta construcción, a saber: i) es de procedencia excepcional; ii) se aplica según las causales que la ley se encarga de definir, por lo cual reduce la posibilidad de que la decisión del fiscal sea arbitraria o caprichosa; iii) debe corresponderse con la política criminal; y, añádase, iv) el ejercicio de su aplicación debe someterse a control de legalidad (Corte Constitucional, sentencia C-979, 2005).

Por supuesto, este axioma contrasta con el de legalidad que se traduce en la necesidad de que existan garantías para los individuos de establecer de forma positiva las conductas que son reprochables desde la perspectiva jurídico-penal y, en consecuencia, al producirse la transgresión de las normas se impone una sanción por la comisión de lo que se denomina como delitos (Cornejo, 2012, p. 31). En ese evento, cuando el individuo incurre en una acción delictiva, le corresponde de forma exclusiva al ente acusador –en su papel de titular de la acción penal– iniciar la investigación de los hechos que revistan características de delictivos (Armenta, 2010, pp. 34 y 35); y, adviértase, la necesidad de establecer mediante los códigos penales todas aquellas conductas censurables desde la perspectiva del derecho penal, obedece al llamado que realiza el Estado en su afán de organizar a la sociedad mediante lineamientos que sean asumidos en igualdad por la población, acorde con los dictados del principio de legalidad que surge de la necesidad política “esencia sobre la que se asienta la seguridad jurídica” (Orts y González, 2014, p. 101).

Tal vez por ello, se ha dicho que “el principio de legalidad asegura la igualdad del trato al ciudadano” (Hassemer, 1988, p. 8), es decir, la creación de las normas penales radica en la necesidad de regular la conducta de los individuos y su aplicación recae sobre todos aquellos a quienes les corresponda. En ello, pues, consiste la confianza que la sociedad deposita en el Estado sancionador, de tal manera que, sin excepciones, todo aquel que con su actuar va en contra del ordenamiento jurídico penal reciba un castigo que debe aplicarse. Luego, entonces, podría considerarse que ese es el ideal de justicia al que se acopla la sociedad, y a ello se debe que los integrantes de la sociedad reprochen de forma severa las decisiones que alivian las penas de los infractores de la norma.

Así las cosas, los principios de oportunidad y de legalidad no van en contra, en atención a que el Estado debe dinamizar todas sus actuaciones con miras a garantizar tanto los derechos de las víctimas, quienes reclaman la aplicación de justicia en sus procesos, como los de los procesados, lo cual también se mide en la posibilidad de ofrecerle la oportunidad de negociar, reparar, decir la verdad, tomar la lección y, añádase, no volver a reincidir en la comisión de conductas punibles. En fin, de lo que se trata es de combinar ambos principios para lograr “una aplicación adecuada del sistema penal en la sociedad” (Lamadrid, 2015, p. 271).

Así las cosas, el principio de oportunidad resulta de especial importancia dentro de las instituciones consagradas en el derecho procesal penal, en especial, en lo tocante con su aplicación en el sistema colombiano, por cuanto la figura en estudio abre paso a la posibilidad de aliviar las cargas procesales que suelen impactar en el sistema de justicia penal. Así mismo, los beneficios también redundan en los intereses de las víctimas, pues no en todos los eventos la consecuencia de la comisión de conductas punibles debe ser una pena privativa de la libertad; por ello, la ley da vía libre al fiscal para terminar los conflictos cuando las víctimas sean indemnizadas a plenitud, razón por la cual la aplicación del principio de oportunidad es un medio idóneo para evitar la pena y el consiguiente encarcelamiento del encartado.

### **Los límites a la aplicación del principio de oportunidad**

La regulación y el empleo del principio de oportunidad trae consigo una serie de cuestionamientos y halagos (Hassemer, 1998, pp. 6-7; Lamadrid, 2015, pp. 266 y ss.); en efecto, en primer lugar, se dice que se aumenta la comisión de aquellos delitos revestidos de una mínima afectación, porque ellos quedan cobijados con dicho beneficio y para ello no se diseñan políticas de prevención claras y efectivas.

Así mismo, en segundo lugar, se afirma que no siempre se cumple con la obligación por parte del Estado de llevar a cabo una reparación a las víctimas en el marco de las políticas propias de una justicia restaurativa, lo cual genera violaciones a los principios de igualdad, legalidad y equidad; aplicar el principio de oportunidad, se dice, es ahora imposible porque “el aumento de la pequeña criminalidad y la progresiva incriminación justificaron una limitación de aquél a través de diversas manifestaciones del principio de oportunidad, mejor o peor interpretado”. A ello se añade que “el carácter altamente formal del proceso provocaba una duración de

los procesos evaluada como excesiva” (Armenta, 2014, p. 32). También, en tercer lugar, se advierte que la descongestión de los despachos judiciales no ha sido cierta y el volumen de investigaciones y casos penales aparecen en estadísticas todavía muy elevadas (Daza, 2011, pp. 47-57).

No obstante, dentro de las bondades de ese postulado se destaca que él ayuda a promover la descongestión judicial (Corte Suprema de Justicia, sentencia radicado 29183, 2008), razón por la cual uno de los fines perseguidos con su empleo es evitar que procesos penales de menor impacto se prolonguen en el tiempo, de tal manera que la administración de justicia propenda por ser más eficiente. En consecuencia, los resultados tendrían que redundar en beneficio no solo de las víctimas, que en principio deberían avalar la aplicación del principio de oportunidad como garantía de salvaguardar sus derechos, sino del imputado quien se ve favorecido al dársele una nueva posibilidad para incorporarse a la sociedad y la posibilidad de enderezar su camino al verse amenazado con la restricción legal de su derecho a la libertad.

También se beneficia el Estado, porque en la medida en que los procesos sean resueltos en menor tiempo, las bondades repercuten en la economía procesal en atención a que las autoridades ven muy disminuidas sus cargas, cuando se piensa en que no tienen que agotar todo el trámite penal (Schünemann, 2004, p. 181); desde luego, ello no supone una invitación a las autoridades judiciales para que se descarguen de sus obligaciones bajo cualquier figura jurídica, sino que es un llamado a aprovechar las herramientas que el ordenamiento jurídico ofrece para poder enfocar las labores a aquellas que requieren de mayor esfuerzo judicial.

Ahora bien, cabe preguntar, ¿la aplicación del principio de oportunidad es ilimitada o tiene límites? Esto es, ¿cuáles son los valladares que el ordenamiento jurídico dispone para acudir a este instituto? Por supuesto, para dar respuesta a esta pregunta se debe proceder en orden.

En efecto, en primer lugar, el primer gran límite se deriva de la propia Constitución Política en atención a que es la carta fundamental la que, dentro de su programa penal, prevé este instituto con unos alcances y con un rango, valga la redundancia, constitucional. Así se infiere del texto del artículo 250 de la misma, modificado mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 en su artículo 3° (Constitución, 2016) que, después de hacer radicar la titularidad de la acción penal en la Fiscalía General de la Nación –salvo el caso de la acusación privada: Ley 1826, 2017–, dispone que se podrá suspender, interrumpir, o renunciar a la persecución penal, en los casos que “establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías” (Acto Legislativo 03, 2002).

Aquí, por supuesto, juegan un gran papel las consideraciones de tipo político-criminal que están llamadas a marcar los senderos por los cuales debe discurrir la utilización, aplicación y ejecución del principio de oportunidad, lo cual exige

por parte de las autoridades respectivas la implantación de una política criminal que permita priorizar los procesos penales, es decir, aquellos que no lesionen de forma grave los bienes jurídicos tutelados para poder darle cabida a los mecanismos de terminación anticipada del proceso, como debe ser en el seno de una sociedad democrática y participativa.

En relación con esto último, debe decirse que el ente fiscal tiene la opción de perseguir aquellas conductas punibles que comportan afectaciones considerables a los bienes jurídicos tutelados que la ley ampara o, bien, terminar, suspender, interrumpir o desistir de la acción penal en los eventos en los cuales se pueda advertir que los perjuicios causados como consecuencia del delito no impactan, de forma significativa, los intereses de las víctimas o del bien general, previa a ciertas condiciones que el imputado debe cumplir a cabalidad (Corte Suprema de Justicia, sentencia radicado 39679, 2012).

Así las cosas, el principio de oportunidad funciona como una herramienta a la que acude el ente fiscal en atención a criterios propios de la política criminal para resolver de manera más inmediata y eficaz el trámite penal, cuando se trata de delitos que no impactan de manera significativa los intereses de la sociedad (Armenta, 2010, pp. 34-36); no obstante, la decisión del fiscal no es absoluta, por cuanto quien se ocupa de la verificación de las condiciones del principio de oportunidad es el juez de control de garantías (Cano, 2013, p. 103).

Sin duda, nuestro país ha sufrido muchas dificultades para lograr la introducción de un derecho penal eficaz que le posibilite sacar adelante las investigaciones penales y ello, sin duda, es producto de las directrices político-criminales propias de un sistema inquisitivo que crearon muchos congestionamientos con los consecutivos represamientos propios de ese fallido diseño procesal (Sintura, 2005, pp. 193-213). Por ello, la nueva estructura procesal del sistema penal con tendencia acusatoria, incluida la aplicación del principio de oportunidad, busca aportar herramientas que permitan mejorar los esfuerzos por parte de fiscales, investigadores y, en general, todos los funcionarios vinculados con la administración de justicia, para que estos puedan enfocarse en los casos de mayor complejidad. En esa misma línea de acción se debe valorar la introducción de las figuras de los acuerdos y las negociaciones, con las cuales se busca mejorar las condiciones para una más eficiente administración de justicia penal.

Y de allí, justo es decirlo, se deriva el segundo gran límite en la aplicación de este instituto, porque el sistema adoptado por el constituyente y desarrollado por el legislador es el reglado, esto es, no se trata de la posibilidad de utilizar un axioma de oportunidad amplio en virtud del cual se le da a la Fiscalía (o al Ministerio Fiscal, en manos del ejecutivo) la potestad de iniciar o no la persecución penal. En otras palabras, se adopta una versión reglada del mismo no una discrecional al estilo del modelo anglosajón (Armenta, 2009, p. 9; Molina, 2010, p. 251), sobre todo en Estados Unidos donde la acusación se hace por el fiscal como una función propia del órgano ejecutivo (Bovino, 1997, p. 14) y el ministerio fiscal tiene el monopolio de la acción pública, lo cual impide que cualquiera otra parte (sea pública



o privada) pueda acusar en el proceso penal a su lado (Gómez *et al*, 2013, p. 169; Gómez, 2015, pp. 126 y ss.).

Desde luego, si se recuerda que en la actualidad –después de diversas reformas y/o supresiones fruto también de los pronunciamientos de constitucionalidad– son 18 las causales existentes, se puede concluir que el modelo adoptado es excesivamente reglado (Velásquez, 2011, p. 133) y que, con él, se busca maniar al fiscal para que no pueda –a su antojo– disponer del ejercicio de la acción penal. Esa es, pues, una limitante innegable; de allí que, como ha dicho la doctrina, lo primero a tener en cuenta es que ese instituto no opera en cualquier evento (Guerrero, 2006, p. 1057), sino en los casos señalados de manera expresa en la ley y a condición de que se den los presupuestos de la causal respectiva.

Así mismo, en tercer lugar, otra restricción a la aplicación del principio de oportunidad radica en que las víctimas tienen derecho a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición (Corte Constitucional, sentencia C-387, 2014). Esa es la razón por la cual la Ley 906 de 2004 les reconoce múltiples derechos y facultades que puede hacer valer a lo largo de la actuación, aun en la fase de la indagación preliminar (Corte Constitucional, sentencia C-454, 2006; Gaviria, 2008, p. 26), incluido el derecho a la información y la garantía de comunicación que hacen parte del núcleo esencial del derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a las víctimas, por lo que los funcionarios judiciales se hallan compelidos a suministrar a las víctimas, desde un primer momento, la información que requieran para hacer efectivos sus derechos.

Incluso a la víctima le asiste una facultad legal para poder oponerse al material probatorio en el cual la Fiscalía exponga y soporte sus decisiones, máxime si se trata de suspender, interrumpir o desistir del ejercicio obligatorio de adelantar la acción penal; por supuesto, sin que ello implique el ánimo de la víctima de insistir caprichosamente en la persecución penal cuando no hay mérito para ello, razón por la cual le corresponde al juez el estudio acucioso (Corte Constitucional, sentencia C-673, 2005) de las posturas del ente fiscal y la víctima y ponderar entre los intereses de esta última, los intereses sociales y las priorizaciones a las que se debe someter el órgano investigador. En consecuencia, la víctima puede manifestar su desacuerdo con la petición del fiscal, encaminada a que se aplique el principio de oportunidad, por lo cual el juez deberá decidir y resolver en estrados; y, una vez ello suceda, no habrá lugar a la interposición de recurso alguno, porque la decisión queda en firme (Corte Constitucional, sentencia C-342, 2007).

En relación con el derecho a la verdad, debe decirse que las víctimas directas e indirectas deben conocer las condiciones de tiempo, modo y lugar en las cuales se ejecutó la conducta punible que las afectó, y, así mismo, tienen derecho a que, en el curso del proceso penal, se reconozcan cuáles fueron las causas y/o motivaciones que fundamentaron la comisión del delito. Incluso, y no menos importante, también cobra vital importancia aquello de que las víctimas puedan reconocer a los perpetradores de la actividad criminal (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, p. 59; Corte Constitucional, sentencia C-648, 2006). Ahora bien,

cuando se alude a la verdad, se hace referencia al derecho individual y colectivo a saber los hechos, las circunstancias, las causas, las consecuencias, los responsables y las víctimas de las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario (Newman-Pont, 2009, p. 52).

En ese orden de ideas, les corresponde a las víctimas, en el ejercicio de sus garantías fundamentales, el derecho a que el Estado investigue y sancione a los responsables de las conductas punibles; así mismo, a las víctimas les asiste el derecho de un recurso judicial efectivo y, en consecuencia, se deben respetar las garantías integrantes del debido proceso (Corte Constitucional, sentencia C-387, 2014). El derecho a la justicia, debe recordarse, se encuentra íntimamente ligado con las demás garantías que le asisten a las víctimas por cuanto se hace necesario, en primera medida, identificar a los responsables del hecho punible, antes de imponer una sanción al encartado; en ese sentido, es importante destacar que solo las autoridades judiciales están en condiciones de impartir justicia y de determinar las condiciones en las cuales el procesado puede purgar su pena según como corresponda (Gallón *et al*, 2006, p. 39). Así las cosas, el encartado tiene que estar dispuesto a reconocer que fue él quien ejecutó la conducta punible para acceder a las condiciones que se derivan del instituto en estudio, con miras a reconocerle a la víctima su derecho inalienable a la verdad, justicia y reparación.

Pero también es necesario que impere la justicia, esto es, las autoridades deben realizar su tarea de cara a lograr que las conductas perturbadoras de la convivencia social no se queden en la más absoluta impunidad, con la consiguiente desazón por parte del conglomerado social; a las víctimas, pues, las asiste el derecho a que las autoridades, mediante el adelantamiento de los procesos judiciales, impongan las sanciones condignas a los infractores, máxime cuando se trata de responsables de graves violaciones a los derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario. En otras palabras, el ejercicio de ese derecho supone el cumplimiento de los deberes estatales derivados de los instrumentos internacionales, mediante los cuales se garantiza adelantar investigaciones prontas, cumplidas, completas, independientes e imparciales; adoptar medidas en virtud de las cuales se garanticen un juicio y una sanción adecuados; el derecho de las víctimas a iniciar y participar en los procesos y a ser protegidas; entre otros (Corte Constitucional, sentencia C-715, 2012).

Así mismo, en materia de reparación es imperativo que el imputado reconozca el derecho al resarcimiento de su víctima de conformidad con las pretensiones de las mismas y a la iniciativa del ente fiscal, todo ello en atención a la gravedad de la conducta punible y a sus consecuencias; pero con base en las siguientes precisiones que muy bien ha hecho la jurisprudencia constitucional:

El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas *individuales* relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su

dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas (Corte Constitucional, sentencia C-936, 2010).

Es que, no se olvide, las víctimas tienen derecho a conocer de las actuaciones que las autoridades adelanten con miras a lograr la judicialización y la efectiva sanción de las conductas punibles que las perjudicaron. De hecho, en lo que respecta a la aplicación del principio de oportunidad, la propia jurisprudencia señala que es deber del fiscal considerar los intereses de las víctimas al momento de hacer uso de la facultad que le asiste para renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal, en los casos expresamente previstos en la ley (Corte Constitucional, sentencia C-209, 2007).

Por ello, en el evento de que el fiscal decida dar aplicación al principio de oportunidad al imputado, es importante que informe de manera oportuna a la víctima sobre tal decisión y, a su vez, garantice previamente la reparación de los perjuicios sufridos. Es más, la jurisprudencia ha sido clara al señalar que los intereses de las víctimas no se reducen solo a los relacionados con la reparación en materia económica, por cuanto ellas también acuden al proceso penal con el fin de saber la verdad y obtener justicia; ellas, pues, no en todos los eventos, pueden estar de acuerdo con el reconocimiento del principio de oportunidad a sus agresores pero, en aras de garantizar integralmente sus derechos, se les tiene que abrir el abanico de las actuaciones a las cuales pueden acudir cuando se opongan a las decisiones de las autoridades judiciales, por lo que pueden manifestarse en contra de la decisión del ente fiscal y del juez que tenga conocimiento del caso, en concreto, en orden a decidir sobre la aplicación del instituto en estudio (Corte Constitucional, Sentencia C-209, 2007).

El principio de oportunidad, recuérdese, tiene su origen en la necesidad de resolver aquellos conflictos que no tienen el suficiente impacto para lesionar materialmente los bienes jurídicos tutelados por la ley penal, de donde surge que, en la legislación, el mismo aparezca como un mecanismo que busca hacer la justicia más eficiente y eficaz de tal manera que, en la medida de lo posible, también se logre contribuir a la descongestión judicial. No obstante, frente a la novedad actual del instituto del principio de oportunidad, conviene recordar que, antes de la entrada en vigencia de la nueva normatividad, ya funcionaban en el medio otras figuras que permitían alcanzar el objetivo expuesto, tales como la conciliación, la preclusión y la sentencia anticipada, que operaban como formas de evitar el proceso. La primera de ellas, la conciliación, incluso, es tan antigua que hace parte de las primeras actuaciones del hombre encaminadas a buscar soluciones a los conflictos (Ahumada, 2011, p. 14).

Y, para acabar de ajustar, las víctimas tienen el derecho a que los hechos que les han producido daño no se repitan, esto es, no vuelvan a suceder; a ello, pues, debe estar enderezado todo el aparato de la administración de justicia cuando de aplicar el principio de oportunidad se trata. Es que, no se debe olvidar, la garantía de no repetición es una herramienta encaminada a que los hechos que dieron lugar

a una violación de los derechos humanos no vuelvan a suceder; por supuesto, la aplicación de estas medidas, cuando se trata de eventos en los cuales se aplica la justicia transicional –como sucede en Colombia, con ocasión del proceso de paz con las FARC-EP–, es de carácter temporal lo cual no deja de ser problemático, porque, de ser alcanzada la reconstrucción de la sociedad en posconflicto y de no conseguir, efectivamente, garantizar la protección de los derechos humanos de las víctimas, el conflicto se vuelve a iniciar o no cesa (Duque y Torres, 2015, p. 271).

Así mismo, en cuarto lugar, es imperativo que el principio de oportunidad se armonice con las reglas propias del principio de proporcionalidad, en atención a que las ideas de legalidad y oportunidad se erigen en principios medulares del derecho procesal penal democrático que tienen un mismo rango; y ello es así, porque, si bien es cierto que el legislador aporta un sistema jurídico complejo en el cual el concepto de legalidad se erige en la base del sistema adoptado, no es menos cierto que él también dota a la administración de justicia de algunos mecanismos que le permiten a los funcionarios emitir decisiones discrecionales (Perdomo, 2005, p. 71). Así las cosas, el principio de legalidad cumple con su función pese a la aplicación de los mecanismos de evitación del proceso penal, puesto que el ente fiscal, en ningún momento, puede dejar de iniciar las actuaciones pertinentes para determinar si un hecho con características de delito se cometió o no; la dinámica, entonces, consiste en determinar la gravedad de la conducta, la posibilidad de resarcir a la víctima y los compromisos de buen comportamiento que adquiera el imputado para advertir si es posible otorgar el principio de oportunidad y ello, se repite, solo puede hacerse en el marco y en el contexto delineado por el principio de proporcionalidad.

Y eso es claro si se tiene en cuenta que el sistema de ponderación, que se deriva del uso del principio de proporcionalidad, es una verdadera técnica para resolver conflictos entre derechos fundamentales, por lo cual, frente a casos de la vida real (por ejemplo, cuando se discute la aplicación del principio de oportunidad en desmedro del principio de legalidad), los jueces y fiscales tienen la facultad para precisar cuál de esos dos principios –que son trasunto de derechos fundamentales– debe prevalecer. Al respecto, se debe recordar que el principio de proporcionalidad en sentido amplio se desdobra en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Acorde con este último, se trata de mirar la optimización relativa de las posibilidades fácticas, de tal manera que, frente a una situación fáctica de conflicto, se busca evitar los costos que puedan recaer sobre los derechos fundamentales y los fines del legislador; esa ley de ponderación puede sintetizarse en la siguiente regla, que se elabora con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2009, p. 161). Todo ello de la mano de un verdadero test de ponderación o de proporcionalidad, pues se debe determinar cómo solucionar la colisión entre dos tipos de principios (pp. 111 y ss.).

Y, se desprende de lo anterior, una quinta y trascendental limitante que es muy importante para tratar de ahondar en el problema de investigación propuesto. En

efecto, en virtud de los tratados internacionales ratificados por Colombia la Fiscalía General de la Nación no puede acudir al principio de oportunidad cuando los hechos que son materia de investigación y posterior juzgamiento, correspondan a delitos que signifiquen graves violaciones al derecho internacional humanitario o al derecho internacional de los derechos humanos, es decir, crímenes de lesa humanidad tales como el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de una población, privación grave de la libertad, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, genocidio, esterilización forzada, persecución a un grupo con identidad propia fundada en motivos raciales, religiosos, étnicos, etc., y desaparición forzada, que son los previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Internacional Penal. Así se infiere del párrafo 3° del artículo 324, cuando se ocupa del principio de oportunidad en sentido estricto:

No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

El texto es absolutamente claro: no hay la más mínima posibilidad de ofrecer al encartado acogerse a las condiciones propias del principio de oportunidad, cuando se trate de los delitos anteriormente señalados, sin que ello implique la violación de sus garantías procesales y constitucionales como lo ha dicho la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con casos que vinculan al Estado colombiano (Parra, 2012, p. 19), porque es deber del Estado –que debe demostrar una verdadera diligencia judicial– investigar de forma prioritaria estos hechos antes de pensar en la concesión de beneficios (Véase, *Morales vs Colombia*, 2007; *Cepeda vs Colombia*, 2010). El principio de oportunidad, entonces, no procede cuando se investigan delitos de lesa humanidad o de aquellos atentatorios contra el derecho internacional humanitario e, incluso, cuando se trata de conductas punibles tocantes con la integridad, formación y libertad sexuales de los menores (Corte Constitucional, sentencia C-738, 2008), o cuando están vinculados delitos de narcotráfico y terrorismo (Camargo, Morales y Osuna, 2004, p. 134).

A este respecto, recuérdese que el tribunal encargado del control de constitucionalidad declaró contraria a la Constitución Política de Colombia la causal 17 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 por cuanto, como estaba confeccionada, restringía la orden perentoria dada por el legislador y el constituyente a la Fiscalía General de la Nación para perseguir a los individuos que cometan graves infracciones relacionados con los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, en los términos de los pactos internacionales suscritos por Colombia, como la Convención Americana de los Derechos Humanos (Corte Constitucional, sentencia C-936, 2010). No obstante, en el caso de los desmovilizados de los grupos al margen de la ley que pretendan beneficiarse con el principio de oportunidad, ellos deben antes realizar una declaración jurada con el fin de asegurar que no han incidido en la comisión de una conducta punible de esta envergadura; ello debe ser confirmado por el ente fiscal después de una investigación acusiosa.

También, debe añadirse, para la aplicación del principio de oportunidad, cualquiera que sea la causal analizada por el fiscal, se debe esclarecer la verdad de cara al responsable del hecho que reviste características de delito, es decir, frente a la autoría y a la tipicidad de la conducta punible. Lo anterior, debido a la necesidad de elaborar un análisis apropiado y acusioso sobre el cual se pueda inferir que la infracción penal tiene un impacto menor.

Recapitulando, queda claro que el principio de oportunidad tiene entre nosotros rango constitucional (Bernal y Montealegre, 2013, p. 492), se acude a una versión estricta del mismo y, por ende, ultra reglada, dado que solo procede en los casos especialmente señalados en la ley; con su aplicación, se tienen que respetar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Además, no es una institución que pueda aplicarse deliberadamente, en cualquier caso y en cualquier tiempo, dado que ello no es posible cuando medien graves violaciones a los derechos humanos y a los dictados del derecho internacional humanitario; por ello, pues, los límites para la aplicación del principio de oportunidad dimanar de la Constitución y de la ley, en la última de las cuales se señalan las causales que proceden excepcionalmente (Bazzani, 2005, pp. 6-7). Así mismo, se debe añadir la necesidad de plegarse en todo a los dictados del principio de proporcionalidad cuando se trata de acudir a este postulado. Por ello, pues, los fiscales se deben someter de forma estricta al estudio de determinadas situaciones que les permitan definir en qué casos debe aplicarse esta figura, máxime si ello se tiene que llevar a cabo con un control ejercido por un juez de garantías de la República (Corte Suprema de Justicia, sentencia radicado 33254 de 2013).

En tal sentido, los fines del principio de oportunidad han sido reconocidos por la jurisprudencia así no sea de manera total, de la siguiente manera: en primera medida, se resalta que la aplicación de este instituto busca “disminuir las consecuencias negativas de las penas cortas”; a su vez, para su procedencia debe perseguirse la reparación de las víctimas (el artículo 328 de la Ley 906 de 2004 establece que durante la aplicación del principio de oportunidad el fiscal debe estar atento a los intereses de las víctimas del proceso, lo anterior por cuanto esta acude al trámite penal con miras a satisfacer su derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación); y, por último, pero no menos importante, más allá de ofrecer un beneficio al infractor de la norma penal, se debe propender por facilitar la reinserción a la sociedad de los responsables del delito de tal manera que el Estado no incurra en procesos que solo desgatan el aparato judicial (Corte Constitucional, sentencia C-738, 2008).

### **El principio de oportunidad y los beneficios punitivos y procesales otorgados a las FARC-EP**

Llegados a esta altura de la reflexión, cabe preguntarse si los beneficios punitivos y procesales acordados para los integrantes del movimiento FARC-EP, que se desprenden del llamado Nuevo Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (Acuerdo Final, 2016), son o no expresión del llamado principio de oportunidad y, en caso de que no lo sean, cómo se pueden explicar.

Al respecto, es bueno recordar que las negociaciones se instalaron formalmente en agosto de 2012, oportunidad en la cual el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia convinieron sentarse a negociar sobre los siguientes puntos que integraban la agenda correspondiente: política de desarrollo agrario integral, participación política, fin del conflicto, solución al problema de las drogas ilícitas, víctimas e implementación, verificación y refrendación del acuerdo; aquí, por supuesto, interesa detenerse en el punto quinto y, en especial, en el aspecto que toca con la justicia. Con ello, en apariencia, se pone fin a más de cincuenta años de conflicto armado interno, que solo ha generado violencia, muertes, desplazamientos y desapariciones forzadas, secuestros, extorsiones, etc. desatando entre la población civil sensaciones de miedo, zozobra, inseguridad, resignación, entre otras.

Por supuesto, para entender los alcances de la negociación, es necesario recordar que a los integrantes de esa agrupación se les reconoció la calidad de delincuentes políticos en atención a que se admitió su condición de rebeldes o subversivos (llamados también ‘guerrilleros’), esto es, la de combatientes enfrentados a los servidores del Estado que buscan por medio de las armas la transformación de la organización estatal; ello, se extiende también a los delitos conexos con el delito político que terminan siendo todos los imaginables, acorde con los criterios borrosos que señala el Acuerdo (Acuerdo Final, 2016, p. 151, num. 39). Por supuesto, tal cosa supone asumir la existencia de un conflicto armado entendido por la doctrina especializada como

la lucha insurreccional llevada a cabo por organizaciones guerrilleras con el propósito de transformar revolucionariamente el orden social y el Estado que lo protege, y la repuesta estatal y paramilitar. Esta lucha no se libra exclusivamente en el plano de las armas. Los contendientes emplean tácticas y estrategias económicas, sociales, políticas y psicológicas (Palacios, 2001, p. 492).

A su turno, esa calidad no se les reconoce a los oponentes a quienes se califica como delincuentes de Estado, trátase de servidores públicos (como los miembros de la Fuerza Pública) o de particulares que hubiesen realizado actividades criminales en contra de los rebeldes o los hayan financiado, para quienes se acordó un modelo diferencial (Acuerdo Final, 2016, p. 147 y ss., título II, nums. 32 y 44) ya plasmado en una normativa que lo desarrolla (Ley 1820, 2016, arts. 45 y ss.).

Ello se inscribe, recuérdese, en la creación de una justicia especial para la paz extensible hasta quince años que contiene dos tipos de procedimientos (Acuerdo Final, 2016, p. 143 y ss.): uno, en caso de reconocimiento de la verdad y admisión de la responsabilidad, por parte de los sometidos; y, otro, cuando se presenta ausencia de reconocimiento de la verdad y de responsabilidad por parte de los mismos (Acuerdo Final, 2016, punto 5, num. 45), a condición de que se trate de “delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado” (num. 9 inc. 3°).

Esa justicia, a manera de proclama y de alegoría para ser vendida ante instancias internacionales, dice asentarse en una serie de principios básicos (capítulo I)

encaminados a lograr la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición (SIV-JRNR) (Acuerdo, 2016, p. 143 y ss., punto 5, nums. 1-16), amén de respetar todos los principios orientadores de un derecho penal y procesal penal democrático (ver num. 14); por ello, se adorna con un aparte tomado de un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Mozote vs. El Salvador*, 2012) e invoca de forma vistosa los “Principios del Derecho Internacional, incluido el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional” (num. 4). Bien expresivo al respecto es el num. 9:

[...] es una jurisdicción especial que ejerce funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre los asuntos de su competencia, en especial respecto a [sic] conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos. Entrará en vigor en los términos establecidos en el Acuerdo Final. Se aplicará únicamente a conductas cometidas con anterioridad a su entrada en vigor.

Ahora bien, acorde con las directrices del Acuerdo y de la Ley expedida en desarrollo suyo, para el grueso de la tropa, cuando sus integrantes han realizado delitos políticos y conexos (para los cuales el artículo 16 de la ley hace un extenso listado y señala criterios muy amplios de asimilación, en armonía con las previsiones del artículo 23), se disponen beneficios como la amnistía o el indulto y diversos “tratamientos penales especiales” (“el Estado colombiano puede otorgar la amnistía «más amplia posible»”, reza el num. 23: Acuerdo Final, 2016, p. 147, también, nums. 37-38, p. 150), todo ello para las conductas punibles cometidas antes de la aprobación del mismo; a su turno, para los máximos dirigentes ya condenados a elevadas penas por la justicia ordinaria, se dispone una serie de sanciones, aunque desde un comienzo fue claro que los integrantes de esta guerrilla se negaron a aceptar purgar penas privativas de la libertad como consecuencia de los innumerables delitos perpetrados en contra de la sociedad civil y de los servidores del Estado. El texto del artículo 2° de la susodicha ley es bien expresivo al respecto:

[l]a presente ley tiene por objeto regular las amnistías e indultos por los delitos políticos y los delitos conexos con estos, así como adoptar tratamientos penales especiales diferenciados, en especial para agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Allí, como es obvio, se parte del presupuesto de que esos beneficios no son aplicables a quienes incurran en crímenes de lesa humanidad y atentatorios contra el derecho internacional humanitario (nums. 40 y 41); pero ello termina por ser una proclama más que no se va a llevar a la realidad. Como es obvio, cabe discutir si el principio de oportunidad tiene relación con el fenómeno de la amnistía que puede poner fin a la acción penal y –cuando es impropia– a la pena (Velásquez, 2017, pp. 811, 828) y solo procede en relación con delitos políticos como son la rebelión, la sedición y la asonada (Molina, 2010, p. 213); igual sucede con el indulto que es una forma de extinguir la sanción penal y puede ser completo o incompleto. No obstante, un sector doctrinario mayoritario cree que es un tema ligado a la justicia transicional,



pues, “[e]n cualquier, caso ninguna de estas figuras debe ser considerada dentro de los límites del principio de oportunidad y, por tanto, es conveniente encuadrarlas dentro de los linderos de la llamada justicia transicional” (Molina, 2010, p. 216).

Adicional a lo anterior, se contempla un listado muy amplio de sanciones cuya naturaleza penal es más que discutible porque se trata de verdaderas medidas de carácter administrativo las cuales, sin que estén claramente perfilados sus fines –a ratos retributivos, reparadores, restauradores o de enmienda (Acuerdo, 2016, pp. 164 y ss., num. 60 y ss.)–, posibilitan realizar múltiples tareas como las de ornato, aseo, protección del medio ambiente, infraestructura, electrificación, sustitución de cultivos, erradicación de minas antipersonales, construcción de vías, acciones de reparación, etc. En relación con los mecanismos encaminados a poner fin a la actuación se prevén múltiples herramientas que permiten archivo de las diligencias, preclusiones, cesación de procedimientos, extinción de la acción penal mediante amnistías, la cesación de la ejecución de la pena mediante indultos, renuncia a la persecución penal, etc. (Acuerdo Final, 2016, p. 167, 299, 301, 303; Ley 1820, artículos 19, 28, 31, 37, 4, 43 y 46-48, etc.).

Desde luego, en relación con la amnistía debe decirse que ella procede a condición de que no se trate de crímenes de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario. El preámbulo del Estatuto de Roma (Ley 742 de 2002) empieza por advertir que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, de donde surge que la concesión de amnistías no resulta ser una institución que vaya en contravía del Estatuto de Roma; todo ello, máxime si se tiene en cuenta que el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 (artículo 6, numeral 5), que trata sobre las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, señala que

la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

Y ello es así, porque se busca conceder el perdón a las personas pertenecientes a grupos alzados en armas declarados en conflicto armado que hayan cometido crímenes graves y de lesa humanidad, con lo cual la prohibición del Estatuto no parece ser absoluta porque él “no es un instrumento dogmático e inflexible, sino flexible y abierto a los procesos de paz” (Cortés, 2015, p. 215). Por ello, la concesión de una amnistía no puede ser ilimitada y está condicionada a la observancia de ciertos límites como ha dicho la más calificada doctrina:

la concesión de la amnistía no puede plantearse en función de garantizar la impunidad de los autores de violaciones del derecho internacional penal, sino por el contrario, en función de garantizar el cumplimiento de las condiciones de justicia transicional, a saber, verdad, justicia, reparación, reforma institucional y reconocimiento

público de las atrocidades políticas y de las violaciones de los derechos humanos (Cortés, 2015, p. 215).

En esa dirección, debe decirse que la procedencia de la amnistía a los integrantes de las FARC-EP no opera de forma ilimitada, puesto que la normativa correspondiente (Ley 1820, 2016, artículo 33) dispone que a las personas que resultaron beneficiadas con la amnistía les asiste la obligación de contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas. Es decir, con ocasión a los compromisos adquiridos en la terminación del conflicto armado, los integrantes de las FARC-EP deben estar prestos al esclarecimiento de los hechos en aras de aportar a la materialización del derecho a la verdad que les es dable a las víctimas; en el evento de no hacerlo, transcurridos cinco años después de la adopción de alguna de las decisiones que decreta la amnistía, la persona que se haya rehusado a colaborar perderá definitivamente su beneficio y, en consecuencia, será procesado penalmente.

A esta altura, es importante resaltar que no solo los miembros de las FARC-EP podrán beneficiarse de la extinción de la acción penal a través de la institución de la amnistía, por cuanto el ámbito de aplicación de la mencionada ley cubre ampliamente

a todos quienes, habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo final (Ley 1820, 2016, artículo 3°).

Es decir, los agentes del Estado podrán ser acogidos por mecanismos de tratamiento especial diferenciado, con miras a resolver de manera definitiva su situación jurídica en condiciones de procesados, condenados o señalados de cometer delitos en el marco del conflicto armado interno. Sin embargo, la Ley 1820 es enfática al indicar que los mecanismos de tratamiento especial no podrán ser aplicados en los siguientes eventos:

1. Delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.
2. Delitos que no fueron cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.
3. Delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la Fuerza Pública, el honor y la seguridad de la Fuerza Pública, contemplados en el Código Penal Militar.

Pues bien, los beneficios a los que ha acudido el Gobierno Nacional para buscar la reconciliación nacional no se compadecen en lo más mínimo con las obligaciones constitucionales que le asisten a la Fiscalía General de la Nación, es decir, entre otras, el ejercicio de la acción penal. Pese a que por medio de tratados internacionales se ha dispuesto que la amnistía es una herramienta válida para extinguir la acción penal en los eventos en los que se evidencie la terminación de un conflicto

armado, se advierte como consecuencia de lo anterior que en el sentir de la sociedad que ha sido afectada por los actos criminales de los integrantes de los grupos alzados en armas, que sus derechos a la aplicación de un derecho penal en iguales condiciones para todos en general (Hassemer, 1988, p. 8) se desfigura ante la benevolencia exacerbada por parte del Gobierno en relación con los delincuentes de grandes ligas que puede tener este país.

Así las cosas, resulta evidente y descarada la manera como la regulación y procedencia de la amnistía se convierten en figuras incompatibles con todas las garantías procesales que favorecen a las víctimas, teniendo en cuenta que sus derechos a la justicia y a la reparación nunca se materializarán en cuanto existan este tipo de beneficios a favor de sus victimarios. Es más, en relación con el derecho de la verdad, la experiencia demostró con la Ley de Justicia y Paz (Ley 975, 2005) que los desmovilizados que pertenecían a las Autodefensas Unidas de Colombia, acudieron a cualquier tipo de testimonios, incluso, en la autoadjudicación de responsabilidades penales que no les correspondían, con el único fin de ser amparados con los beneficios que la justicia transicional en esa época le ofrecía. ¡No vaya a ser, pues, que ahora la historia se repita!

De esta manera, si se piensa en clave del principio de oportunidad entendido en sentido estricto o en sentido amplio, es evidente que en el caso en examen sería imposible admitirlo, porque, recuérdese, uno de los límites examinados obedece a la imposibilidad de aplicarlo cuando las conductas ilícitas cometidas supongan crímenes de lesa humanidad y delitos que violen gravemente los derechos humanos y el DIH; cierto es que, frente a la anterior situación, le corresponde al fiscal –entre otras cosas, por compromisos internacionales– iniciar la respectiva investigación penal. Aquí es importante insistir sobre este punto, porque en materia de derecho penal no es sano para la sociedad que las distintas conductas ilícitas ejecutadas por los integrantes de los grupos alzados en armas –que en este momento se acogen a las bondades del acuerdo de paz, así como también lo que podría esperarse de procesos de paz venideros– no sean de verdad sancionadas, teniendo en cuenta que más allá de los derechos que le asisten a las víctimas, el ente fiscal tiene una obligación de cara a la sociedad encaminada a ejercer la acción penal (Armenta, 2007, p. 83). No obstante, con la puesta en marcha del acuerdo de paz es evidente que, al ofrecer a los violentos toda clase de beneficios, se desfigura por completo la seguridad jurídica derivada del principio de legalidad (Armenta, 2008, pp. 200-201) y, en consecuencia, a causa del arbitrio del Estado, se vulneran las garantías procesales de las víctimas para darle camino a la impunidad.

Para el caso, la aplicación del principio de oportunidad queda relegada frente a la regulación de la amnistía, al punto de que no se inicia ninguna investigación tendente a garantizar los derechos que le asisten a las víctimas, así sea verdad que, en palabras de Hassemer (1988), el principio de oportunidad ‘pone en peligro’ el ejercicio obligatorio de la acción penal, aunque ella se inicie. Por el contrario, aquí la amnistía –y también el indulto y otros beneficios procesales y punitivos– se aparta totalmente del derecho penal y procesal penal, para beneficiar a quienes han empleado la fuerza y la violencia en contra de la población civil. Por supuesto,

el panorama venidero no es nada halagüeño: en unos años se formarán otros grupos de delincuencia organizada, porque el Estado no tiene la infraestructura necesaria para garantizar que los exintegrantes de las FARC-EP accedan a programas efectivos que les permitan reincorporarse a la vida en sociedad.

Así las cosas, para responder a la pregunta formulada en un comienzo, debe decirse que las concesiones a las FARC-EP de amplísimos beneficios penales y procesales como los anotados, al no ser expresión del principio de oportunidad, impiden pensar en que se hayan respetado los límites en la aplicación del principio de oportunidad y, ni siquiera, del de legalidad; ellos son producto de una supuesta justicia de transición que desborda y sustituye la Constitución, en aras de darle camino a una pretensa justicia transicional. Por ello, pues, se renuncia a la persecución penal de gravísimos delitos que desconocen el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, sin importar realmente los intereses y los derechos de las víctimas, que solo se invocan de manera simbólica y para legitimar este tránsito absurdo ante una engañada comunidad internacional.

En otras palabras, cuando se piensa en las sabias palabras de Hassemer, en el sentido de que se debe abogar por la mixtura entre legalidad y oportunidad que “depende finalmente de la ética de las autoridades y tribunales, del control del público y de la confianza de la población en el Derecho” (Hassemer, 1988, p. 11), la conclusión a la que se debe arrimar es que aquí no se puede hablar ni de legalidad ni de oportunidad, porque el Estado renuncia al ejercicio legítimo de la potestad punitiva y se confía a los intereses de los criminales más perversos y, lo que es más grave, todo ello con pleno conocimiento de que los tratados internacionales no consideran válidos estos beneficios para las personas que participaron de ese conflicto armado degradado hasta su más amplia expresión, rompiendo todos los moldes propios del derecho internacional, porque las autoridades judiciales no cumplen con su deber de investigar tan graves hechos.

## Conclusiones

La incorporación del principio de oportunidad al derecho positivo ha sido la respuesta a la necesidad de buscar herramientas para enfrentar los altos índices de congestión que presentan los despachos judiciales; se trata, pues, de un mecanismo de evitación del proceso penal en virtud del cual se busca que las actuaciones judiciales no lleguen hasta la última etapa del trámite penal, es decir, la fase de juzgamiento, para no dilatar en el tiempo la solución de un conflicto, y, en ese sentido, la acumulación de labores a cargo del ente fiscal.

Pese a lo anterior, el principio de oportunidad es un mecanismo que no ha sido explotado –en buen sentido– por parte de los fiscales, pudiendo ser mejor aprovechado, cuando menos, en las situaciones donde no se ven comprometidos de manera grave los derechos de las víctimas, de tal modo que se logre un adecuado balance entre los dos principios en disputa, al punto de poder afirmar: “tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como (política y económica en la actualidad) sea necesario” (Hassemer, 1988, p. 10).

Es más, si bien es cierto que el Código de Procedimiento Penal es pródigo al consagrar las causales a las que puede acudir el ente fiscal para aplicar ese instituto y así enfocar su labor en aquellos casos que requieren de mayor atención por parte de los investigadores, también lo es que no se trata de causales efectivas y aplicables, entre otras razones, por el temor que existe en el ambiente judicial de que sus decisiones sean objeto de confrontación por parte de los medios de comunicación y, en consecuencia, de la sociedad en general.

De cara al problema objeto de examen en este trabajo, es apremiante subrayar que los límites para la aplicación del principio de oportunidad se concretan en los siguientes aspectos: tiene rango constitucional y se acude a una versión estricta del mismo y ultra reglada; con su aplicación, se tienen que respetar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Además, no es posible aplicarlo cuando medien graves violaciones a los derechos humanos y a los dictados del derecho internacional humanitario; así mismo, se debe añadir la necesidad de plegarse a lo mandado por el principio de proporcionalidad cuando se trata de acudir a este postulado.

Ahora bien, cuando se pone sobre el tapete de discusión la aplicación del principio de oportunidad en tratándose de las negociaciones con las FARC-EP, debe decirse que no se ha hecho ninguna utilización del mismo no solo cuando se le entiende en un sentido estricto sino en un sentido amplio; esto, adviértase, porque los beneficios penales allí contemplados (así se parezcan en sus efectos a los que supone la utilización del principio de oportunidad), son bien distintos en sus presupuestos. En efecto, ante la pérdida del poder punitivo por parte del Estado colombiano que, no obstante, está legitimado para actuar, se oponen las pretensiones de un verdadero 'paraestado' que conducen a la disposición de ese poder punitivo en plano de igualdad, con las consecuencias ya dichas.

En fin, debe decirse que los diversos beneficios punitivos y procesales concedidos a las FARC-EP, tanto en la Ley 1820 de 2016 como los que se desprenden del Acuerdo Final en vía de ser desarrollado mediante diversas normatividades, no son expresión del principio de oportunidad, sino el producto de una supuesta justicia de transición que desborda y sustituye la Constitución; aquí, pues, han sido desconocidos y cercenados los dos principios basilares de cualquier modelo de persecución penal de la época contemporánea: el de legalidad y el de oportunidad y, ni por asomo, se puede pensar en un equilibrio entre los mismos. En conclusión, un verdadero 'paraestado' (las FARC-EP) maneja ahora, a sus anchas, el ejercicio de la potestad punitiva.

## Referencias

Acto Legislativo 03 (2002, diciembre 19). Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Diario Oficial No. 45.040. Congreso de la República de Colombia.

*Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (noviembre, 2016). Bogotá: República de Colombia y Estado Mayor

Central de las FARC-EP Recuperado de <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf>

- Ahumada, M. del P. (2011). La conciliación: un medio de justicia restaurativa; análisis y reflexiones de su implementación en el delito de inasistencia alimentaria en Colombia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 41(114), 11- 40.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Trad. E. Garzón-Valdés). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Armenta, T. (1991). *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU.
- Armenta, T. (2007). *Lecciones de derecho procesal penal* (3 ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Armenta, T. (2008). *Estudios sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Armenta, T. (2009). *Principio de legalidad vs. Principio de oportunidad: una ponderación necesaria* (pp.1-11). Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/292735596\\_Principio\\_de\\_legalidad\\_vs\\_principio\\_de\\_oportunidad\\_una\\_ponderacion\\_necesaria](https://www.researchgate.net/publication/292735596_Principio_de_legalidad_vs_principio_de_oportunidad_una_ponderacion_necesaria)
- Armenta, T. (2010). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Armenta, T. (2014). Nuevo proceso penal: Sistemas y valoración de pesos y contrapesos. En T. Armenta, *Estudios de Justicia Penal* (pp. 27-49). Madrid: Marcial Pons.
- Bazzani, D. (2005). La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad. En R. Uprinsky et al., *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal* (pp. 215-282). Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Bazzani, D. (2008). *El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Bedoya, L. F., Guzmán, C. A. y Vanegas, C. P. (2010). *Principio de oportunidad. Bases conceptuales para su aplicación*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Bernal, J. y Montealegre, E. (2013). *El proceso penal. Fundamentos Constitucionales y Teoría General* (T. I 6 ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bovino, A. (1997). La persecución penal pública en el derecho anglosajón. *Revista latinoamericana de política criminal* (2), 1-49.
- Camargo, H., Morales, L. y Osuna, W. (2010). La implementación del principio de oportunidad en la legislación penal colombiana. *Justicia Iuris* 6(13), 79-92.
- Cano, C. A. (2013). *Procedimiento Penal acusatorio, oralidad, debate y argumentación*. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *El derecho a la verdad en las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>
- Comité de Ministros del Consejo de Europa (1987). Recomendación R (87) 18, adoptada el 17 de septiembre. Recuperado de [http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkanunteklifi/recR\(87\)18e.pdf](http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkanunteklifi/recR(87)18e.pdf)
- Constitución Política de Colombia. (2016). Congreso de la República de Colombia.
- Cornejo, A. (2012). *Derecho Procesal Penal en preguntas y respuestas* (5 ed.). Santiago de Chile: Editorial El Jurista.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007, mayo 11). Morales *et al vs.* Colombia. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_163\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010, mayo 26). Cepeda *vs.* Colombia. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_213\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, octubre 25). Masacres de El Mozote y lugares Aledaños *vs.* El Salvador. Recuperado de [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_252\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf)
- Cortés, F. (2015). El derecho internacional penal y el asunto de la amnistía. El caso de las Farc. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades* 15(29), 189–216.
- Daza, A. (2011). El principio de oportunidad en la decisión sobre la punibilidad del imputado. *Revista Verba Iuris* (26), 47-57.
- Duque, C. R. y Torres, L. M. (2015). Las garantías de no repetición como mecanismo permanente para la obtención de la paz. *Univ. Estud.* (12), 269-290.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trad. P. Andrés *et al.*). Madrid: Trotta.
- Gallón, G. *et al.* (2006). *Verdad, justicia y reparación. Algunas preguntas y respuestas*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas. Recuperado de [http://www.coljuristas.org/documentos/libros\\_e\\_informes/verdad\\_justicia\\_y\\_reparacion.pdf](http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/verdad_justicia_y_reparacion.pdf)
- Gaviria, V. E. (2008). *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez, J. L. (Coord.) *et al* (2013). *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2015). *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

- Guerrero, Ó. J. (1998). *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Guerrero, Ó. J. (2006). El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006* (T. II). Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung E.V.
- Guerrero, O. J. (2007). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal* (2 ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Hassemer, W. (1988). La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Jueces para la democracia* (4), 8-11.
- Ibáñez, A. (2005). El principio de oportunidad. *Vniversitas* (109), 73-94.
- Jiménez de Asúa, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal* (T. II, 4 ed.). Buenos Aires: Editorial Losada S.A.
- Lamadrid, M. A. (2015). *El principio de oportunidad como una herramienta de Política Criminal*. Barcelona: Departament de Dret-Tesis doctoral. Recuperado de <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/370100/tmall.pdf?sequence=1>
- Ley 742 de 2002. Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998). Diario Oficial no. 44826. Congreso de la República de Colombia, junio de 2002.
- Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45658. Congreso de la República de Colombia, septiembre de 2004.
- Ley 975 de 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. *Diario Oficial* No. 45980. Congreso de la República de Colombia, julio de 2005. Recuperado de <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2013/04/Ley-975-del-25-de-julio-de-2005-concordada-con-decretos-y-sentencias-de-constitucionalidad.pdf>
- Ley 1820 de 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. Diario Oficial No. 50102. Congreso de la República de Colombia, diciembre de 2016.
- Ley 1826 de 2017. Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado. Diario Oficial No. 50114. Congreso de la República de Colombia, enero de 2017.
- López, S. (2012). *Derecho Penal I* (1 ed.) Tlalnepantla: Red Tercer Milenio S.C. Recuperado de [http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/derecho\\_y\\_ciencias\\_sociales/Derecho\\_penal\\_I.pdf](http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/derecho_y_ciencias_sociales/Derecho_penal_I.pdf)



- Maier, J. B. J. (1989). *Derecho Procesal Penal argentino* (T. I, vol. a). Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Miglio, M. F., Medero, C. L. y Epifanio, J. A. (2008). *Principio de Oportunidad*. La Pampa: Universidad Nacional de La Pampa. Recuperado de [http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e\\_migelp117.pdf](http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_migelp117.pdf).
- Molina, R. (2009). El principio de oportunidad en el proceso penal de menores (Análisis comparado de los Ordenamientos colombiano y español). *Nuevo Foro Penal* (72), 61-81.
- Molina, R. (2010). *La conformidad en el proceso penal (Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana)* (Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, Sevilla) Recuperada de <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFichaConsulta.do?jsessionid=F47E7734A20D468A2D93EFC1EC08501C?idFicha=307165#>
- Muñoz, O. (2006). *Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Legis.
- Newman-Pont, V. (2009). Falso o verdadero (¿El derecho a la verdad es norma imperativa internacional?). *Revista colombiana de Derecho Internacional* (14), 43-69.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (1990). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. Recuperado de [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h\\_comp46\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp46_sp.htm)
- Orejarena, V. (2007). El principio de oportunidad en el nuevo sistema penal acusatorio. *Revista Justicia Iuris* (8), 25-30.
- Orts, E. y González, J. L. (2014). *Compendio de Derecho Penal. Parte General* (4 ed.) Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Palacios, M. (2001). La solución política al conflicto armado, 1992-1997. En R. Pardo (ed.), *El siglo pasado: Colombia: economía, política y sociedad*. (pp. 492-536). Bogotá: Colpatria.
- Parra, O. (2012). La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 13(1), 5-51.
- Perdomo, J. F. (2005). *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico - penales, y su reglamentación en el derecho procesal colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez, I. (2005). El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las leyes orgánicas 7/ y 15/2003. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (07-05), pp 1-33. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>

Sentencia C-673 (2005, junio 30). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-673-05.htm>

Sentencia C-979 (2005, septiembre 26). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-979-05.htm>

Sentencia C-648 (2006, agosto 9). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-648-06.htm>.

Sentencia C-454 (2006, junio 7). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-454-06.htm>.

Sentencia C-209 (2007, marzo 21). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-209-07.htm>

Sentencia C-210 (2007, marzo 21). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-210-07.htm>

Sentencia C-342 (mayo 9). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-342-07.htm>

Sentencia C-738 (2008, julio 23). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-738-08.htm>

Sentencia C-936 (2010, noviembre 23). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-936-10.htm>

Sentencia C-715 (2012, septiembre 13). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-715-12.htm>

Sentencia C-387 (2014, junio 25). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Iván Palacio Cano. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-387-14.htm>

Sentencia Radicado 29183 (2008, noviembre 18). Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Sentencia Radicado 31362 (2009, mayo 13). Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

- Sentencia Radicado 36118 (2011, abril 13). Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Radicado 39679 (2012, octubre 17). Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Radicado 33254 (2013, febrero 27). Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Radicado 43436 (2015, octubre 28). Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Radicado 39894 (2015, febrero 11). Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Schünemann, B. (2004). Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. *Revista Derecho Penal y Criminología* 25(76), 175–197.
- Sintura, F. (2005). Preacuedos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado. En J. Lombana Villalba, J. Forero Ramírez, F. Bernate Ochoa, L. Díaz Cortés, J. Galeano Rey, R. Sánchez Sánchez, y otros, *Sistema Penal Acusatorio* (pp. 193-213). Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Soler, S. (1987). *Derecho Penal Argentino* (T. I, 5 ed.). Buenos Aires: Tipográfica editora Argentina.
- Terragni, M. A. (2012). *Derecho Penal. Parte General I* (T. I, 1 ed.) Buenos Aires: Fedye. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Recuperado de <http://www.terragnijurista.com.ar/derecho/derecho.htm>
- Vargas, R. (2012). El ejercicio de la acción penal en Colombia. Reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional. *Cuadernos de Derecho Penal* (7), 59-88.
- Vásquez, J. C. y Mojica, C. A. (2010). *Principio de Oportunidad. Reflexiones jurídico políticas*, 1 ed. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Velásquez, F. (2010). La justicia negociada: Un ejemplo del peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema. En F. Velásquez, *Sistema Penal Acusatorio y Nuevos Retos* (pp. 13-42). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Velásquez, F. (2011). Proceso penal y principio de oportunidad. *Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* (3), 128-155. Recuperado de <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12403/11652>
- Velásquez, F. (2017). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda-Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Villanueva, J. A. (2005). *El principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Leyer.

# EL DECOMISO DE BIENES DE TERCERO EN ESPAÑA Y COLOMBIA\*

## *THE SEIZURE OF THIRD-PARTY ASSETS IN SPAIN AND COLOMBIA*

*José Felipe Cuero Solís\*\**

### **Resumen**

Para nadie resulta extraño que los delincuentes busquen encubrir los activos producto de sus actividades ilícitas, de tal forma que puedan disfrutar libremente de los mismos y, para ello, en ocasiones, se valen de terceros; por esto, la persecución de los activos originados ilícitamente ha logrado un protagonismo sin precedentes en las últimas décadas. A tono con lo indicado, el presente trabajo se propone, por un lado, analizar las figuras del decomiso de bienes de terceros en la legislación española tras la reciente reforma operada al Código Penal, mediante la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, al igual que de la acción constitucional de extinción de dominio colombiana; y, por el otro, dejar en evidencia las deficiencias técnicas que presentan ambas figuras a la luz de su aplicación práctica, con especial detenimiento en el caso español.

### **Abstract**

It is not surprising that criminals seek to cover up the proceeds of their illicit activities, so that they can freely enjoy them and, in doing so, sometimes use third parties; for this reason, the persecution of illegally originated assets has achieved an unprecedented prominence in the last decades. In line with what has been indicated, the present work intends, on the one hand, to analyze the figures of the confiscation of third-party assets in Spanish legislation following the recent reform of the Criminal Code, through LO 1/2015, dated March 30, as well as of the constitutional action of extinction of Colombian domain; and, on the other, to highlight the technical deficiencies presented by both figures in the light of their practical application, with special attention to the Spanish case.

### **Palabras claves**

Decomiso, extinción de dominio, tercero, blanqueo de capitales, buena fe.

### **Keywords**

Seizure, extinction of domain, third-party, money laundering, good faith.

---

\* El presente artículo se deriva del trabajo de investigación que sobre el decomiso de bienes, presentó el autor como trabajo de investigación para optar por el título de máster en derecho penal económico en la Universidad Rey Juan Carlos de España en convenio con KPMG - Cátedra de Investigación Financiera.

\*\* Máster en derecho penal económico, Universidad Rey Juan Carlos de España en convenio con KPMG - Cátedra de Investigación Financiera.

## Introducción

Para el derecho penal clásico la figura del decomiso tenía una importancia marginal; sin embargo, el cambio de paradigma de los delitos comunes a la delincuencia organizada transnacional, ha modificado el modo en que las instituciones la confrontan (Restrepo, 2006, p. 5), lo cual ocurre mediante la tipificación de nuevos comportamientos delictivos, el incremento de las penas y, también, de la utilización y el afinamiento de las herramientas jurídicas ya existentes, pero de las cuales no se había hecho un uso relevante, como es el caso del decomiso.

En España, dentro del ordenamiento jurídico penal cohabitan dos modalidades de decomiso: una de carácter especial, aplicable a determinadas conductas delictivas taxativamente señaladas por la ley, *v. gr.*, el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales; y, la segunda, al amparo de una regulación genérica sobre decomiso recogida en ocho artículos distintos, introducidos tras la última reforma al Código Penal –en adelante, C. P.– en el año 2015. Esta última será el objeto del presente análisis, concretamente, el decomiso de bienes de tercero, previsto en el art. 127 *quater* C. P. Por su parte, en Colombia, la situación es similar: existe, por un lado, el comiso penal descrito en el art. 100 C. P. y la acción constitucional de extinción de dominio, regulada por la Ley 793 de 2002, a la cual se dedica este artículo.

En tal sentido, desde el derecho internacional se ha exhortado a los Estados tanto en el ámbito internacional como en el comunitario –en adelante, UE–, para que adopten los mecanismos necesarios que permitan recuperar los activos ilícitos, faciliten la persecución e incautación de los instrumentos y efectos del delito, al igual que de las ganancias ilícitas obtenidas con su realización; la ampliación del objeto del decomiso y la acción de extinción de dominio constituyen mecanismos idóneos para lograr dichos propósitos.

En efecto, en la normativa española, tras la última reforma operada mediante la Ley Orgánica (LO) 1 de 2015, se ha producido una verdadera transformación en materia de decomiso, como revela el desdoblamiento operado en el artículo 127 C. P., dando lugar a ocho normas distintas. En ellas, se amplía sustancialmente el régimen de algunas modalidades controvertidas, como el decomiso acordado sin condena, el de bienes de terceros o el ampliado, que ha dejado de ser una medida exclusivamente contra la criminalidad organizada y/o terrorista y ahora se extiende a otras actuaciones delictivas que reportan ingentes beneficios económicos (Roig, 2016, p. 2).

A su turno, Colombia, que históricamente ha sido un país insignia en producción e importación de drogas ilícitas en el plano mundial, requiere medidas más rigurosas que puedan responder eficazmente a la política criminal en la lucha contra la delincuencia organizada. Es por esto que una razón verdaderamente relevante para la aplicación de la extinción de dominio tiene que ver con idiosincrasia de los colombianos, exacerbada por una mentalidad cortoplacista para acumular fortuna. En tal sentido, es necesario traer a colación la frase según la cual “*nuestros*

*ciudadanos en su mayoría le temen más a la pérdida de los bienes y de la riqueza, que a la pérdida de la libertad*" (Plazas, 2004, p. 18). Esa vergonzosa actitud, generalmente, parece ser producto de nuestra idiosincrasia tropical.

De ahí, que no exista un solo documento relacionado con la lucha contra la delincuencia organizada y otras formas graves de delincuencia que no haga mención al decomiso y a la acción de extinción de dominio como un medio de lucha eficaz contra los mismos, dado que las ganancias son consideradas el 'talón de Aquiles' de la delincuencia organizada (Aguado, 2013, p. 266). Por ello, es pertinente dar a estas figuras la importancia que merecen.

Dicho lo anterior, el objeto del presente trabajo consiste en realizar un análisis descriptivo sobre la nueva regulación del decomiso, con especial énfasis en el decomiso de bienes de tercero. Además, hacer un estudio comparativo sobre el decomiso de bienes de tercero en Colombia y España, para mostrar tanto las características más importantes de cada legislación como sus similitudes y diferencias.

### **Legislación relativa al decomiso de bienes de tercero en España**

La nueva regulación del decomiso tras la reforma de la L.O de 30 de marzo de 2015, tiene su origen en la trasposición de la Directiva 2014/42/UE, sobre "Embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea", que extiende las disposiciones recogidas de la Decisión Marco 2001/500/JAI, relativa al "Blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito" y las de la Decisión Marco 2005/212/JAI relativa al "Decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito", cuyas novedades afectan, concretamente, tres cuestiones: el decomiso ampliado, el decomiso sin sentencia y el decomiso de bienes de tercero.

No obstante, esta orientación político criminal contra la criminalidad organizada se inició a partir de la modificación al C. P. surtida por la Ley Orgánica 1 de 1988, de 24 de marzo, que, según se desprendía de su Exposición Motivos, estaba orientada a reducir y eliminar los beneficios económicos procedentes del delito, para lo cual se elevó la cuantía de la pena de multa, se amplió el alcance del decomiso y se tipificó como delito de receptación especial el blanqueo de dinero de origen delictivo (Fiscalía General del Estado, 2010, p. 12).

Con la última reforma al C. P., operada en el 2015, atendiendo las directrices de la Directiva 2014/42/UE, las disposiciones en materia de decomiso previstas en los artículos 127 y 128 C.P. se extendieron mucho, para dar lugar a ocho normas distintas: artículos 127 *bis* (decomiso ampliado), *ter* (decomiso sin sentencia condenatoria), *quater* (decomiso de bienes de terceros), *quinquies* y *sexies* (decomiso de una actividad delictiva continuada), *septies* (ejecución efectiva del decomiso) y *octies* (otras disposiciones).

En lo atinente al decomiso de bienes de terceros, el Proyecto de Directiva, en su apartado 6°, se estableció que

[l]os Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso de: a) los productos transferidos a terceros por una persona condenada o en su nombre, o por los sospechosos o acusados que se hallen en las circunstancias del artículo 5, o b) de otros bienes de la persona condenada transferidos a terceros con objeto de evitar el decomiso de bienes cuyo valor corresponda a los productos. Se podrá proceder al decomiso de los productos o bienes contemplados en el apartado 1 cuando a) una evaluación, basada en hechos concretos relativos a la persona condenada, sospechosa o acusada, indique que es poco probable que el decomiso de bienes de la persona condenada, o del sospechoso o acusado que se halle en las circunstancias contempladas en el artículo 5, vaya a prosperar, y b) los productos o bienes se hubieran transferido de forma gratuita o a cambio de un importe inferior a su valor de mercado, si el tercero: i) tratándose de productos, conocía su origen ilícito o, de no conocerlo, una persona razonable en su misma situación habría sospechado que su origen era ilícito, basándose en hechos y circunstancias concretas; ii) tratándose de otros bienes, tenía conocimiento de que se habían transferido con objeto de evitar el decomiso de bienes cuyo valor correspondía con el de los productos o, de no tener dicho conocimiento, una persona razonable en su misma situación habría sospechado que se habían transferido para evitar el citado decomiso, basándose en hechos y circunstancias concretas.

El legislador español recogió dicha disposición en el art. 127 *quater* C. P., que, en su apartado primero, establece:

[l]os jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos:

a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.  
b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.

2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.

Esta modalidad de decomiso presenta novedades importantes que deben mencionarse, pues permite acordar la medida sobre los bienes, efectos y ganancias transferidos a terceras personas en los siguientes supuestos: a) en el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita y, b) tratándose de otros bienes, una persona diligente habría tenido motivos suficientes para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito o los hubieran adquirido a sabiendas de que esta era su finalidad. A continuación, se establece una presunción *iuris tantum* de transmisión ilícita al tercero, cuando ella se realiza a título gratuito o por un precio vil.

La Comisión justificó esta nueva disposición, puesto que, con regularidad, cuando los delincuentes son investigados y sus propiedades perseguidas o, inclu-

so, antes de que eso suceda, transfieren sus activos a terceras personas con el fin de evitar su decomiso y eludir cualquier acción judicial que pueda recaer sobre estos (Roma *et al*, 2015, p. 45). En tales supuestos, es necesario determinar cuál es la verdadera capacidad económica de esas personas, para valorar los hechos (Jaen y Perrino, 2015, p. 5) por lo cual, en determinados casos, es procedente aplicar la llamada teoría del 'levantamiento del velo societario', en orden a conocer, mediante prueba directa o indicios objetivamente fundados, si el patrimonio de una sociedad o de una persona pertenece, en realidad, a un 'hombre de atrás'.

Igualmente, se establece la posibilidad de acordar la medida por un valor equivalente, ante la imposibilidad de encontrar los bienes del investigado o condenado. Ello, cuando no sea posible localizarlos, hayan sido destruidos, su valor haya merchado con respecto a su adquisición o, por cualquier otra circunstancia, el juez o tribunal puedan, mediante la estimación y valoración de la actividad desarrollada, determinar una cantidad frente a cuyo importe quedará autorizado el decomiso de bienes (Mir, 2015, p. 385). Asimismo, aunque parece contemplarse la adquisición imprudente, en realidad exime de la prueba del dolo en la adquisición, puesto que, a veces, ello es difícil de acreditar (Roig, 2016, p. 66). De ahí, el fundamento de las presunciones *iuris tantum* recogidas en el apartado segundo.

Aunado a lo anterior, el nuevo artículo admite la posibilidad de decretar el decomiso de bienes transferidos a terceras personas cuando concurra alguna de las causales que se enumeran allí, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe, no responsable del delito, siempre que los haya adquirido legalmente, quien es protegido dentro de los límites previstos por el artículo 122 C. P. respecto de la responsabilidad del partícipe a título lucrativo; dice así: "El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación".

Por último, conviene subrayar que la reforma tiene en cuenta el hecho habitual de la transmisión a terceras personas de los bienes originados en actividades delictivas, que, pese a ser algo considerado por la regulación anterior, fue mejorado con el fin de incrementar la eficacia del instituto y lograr una mayor seguridad jurídica a la hora de su aplicación; por eso, señala "es el caso característico de los testaferros, que simplemente prestan su nombre en un contrato o negocio que, en realidad, es de otra persona, siendo habitual que sean familiares del 'hombre de atrás', al tener que ser de su absoluta confianza, pues al fin y al cabo ellos son los propietarios formales del capital social".

### **Concepto armonizado de decomiso**

La legislación española no dispensa un concepto de decomiso, de ahí que se deba recurrir a las disposiciones recogidas en los ámbitos comunitario e internacional sobre la materia. Así, tras la nueva reforma, se prevé que

[t]oda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya



preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar (artículo 127.1 C. P.).

Por su parte, la Decisión Marco 2005/212/JAI, lo define como “toda pena o medida dictada por un tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia la privación definitiva de algún bien” (artículo 2). La Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Psicotrópicos de 1988, a su turno, define el decomiso como “la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un Tribunal o de otra autoridad competente” [artículo 1 apartado f)].

Así mismo, el Convenio n°.141 del Consejo de Europa, abierto a la firma en Estrasburgo el 8 noviembre 1990, sobre blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso del producto de los delitos señala que consiste en “la privación definitiva de un bien ordenada por un Tribunal en un procedimiento relativo a un delito o delitos” [artículo 1 apartado f)], al tiempo que la Directiva 2014/42/UE proclama sobre el mismo asunto que es “la privación definitiva de un bien por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal” [artículo 2 apartado 4]. Similar definición se recoge en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional en el artículo 2, apartado g). Doctrinalmente, el decomiso es entendido como la aprehensión absoluta y definitiva de los efectos, instrumentos o ganancias que se encuentren mediata o inmediatamente relacionados con una conducta punible (Muñoz y García, 2010, p. 621; García-Pablos, 2005, p. 147; Cerezo, 2004, p. 5).

Dicho lo anterior, se puede observar que la definición dogmática de decomiso es un concepto unánime y armonizado entre las diferentes normativas sobre la materia, pues todos coinciden en que, para que se pueda hablar de una verdadera medida de decomiso, deben concurrir de forma cumulativa los siguientes presupuestos: a) la privación definitiva del bien, instrumentos o producto del delito con que se haya preparado o ejecutado, b) que la medida haya sido acordada por un órgano judicial competente y, c) que exista una relación de causalidad entre los bienes e instrumentos y el delito, es decir, deben hallarse en una relación de medio a fin.

### **Regulación positiva del decomiso en Colombia**

Esta institución jurídica apareció desde los primeros códigos penales de la República en el año 1890; desde entonces, ha sido objeto de regulación en las distintas reformas penales, con progresivos y notables cambios tanto en lo sustancial, como en lo procesal, desde la normativa sobre el decomiso (Ley 19 de 1890), hasta la expedición del más reciente Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) (Restrepo, 2006, p. 8).

El artículo 85 de la Ley 19 de 1890, establecía:

[l]as armas o utensilios con que se haya ejecutado el delito, y los efectos en que éste consista, o que formen el cuerpo de él, se aplicarán al Estado como multa, a no ser

que la sentencia disponga que se destruyan o, que se devuelvan a un tercero o quien se hubieran robado o sustraído, o que sin culpa suya se haya usado de ellos para cometer el delito.

Como puede verse, esta primera regulación ya incluía los dos elementos clásicos del decomiso: los instrumentos y efectos del delito, pero su redacción no indicaba con nitidez su verdadera naturaleza jurídica, dado que estaba concebida como una multa. Además, se contempló la destrucción de bienes y se garantizó la protección de los terceros de buena fe, presupuestos que, actualmente, se mantienen incólumes.

Como ya se expuso, esta figura ha experimentado múltiples modificaciones mediante las sucesivas reformas a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal. En relación con el primero, mediante las Leyes 95 de 1936, art. 59; Decreto-Ley 100 de 1980, art. 110; 2 de 1984, art. 37; y 599 de 2000, art. 100. Respecto del segundo, las reformas han tenido por causa las Leyes 94 de 1938, art. 316; Decreto 050 de 1987, art. 365; Decreto 2700 de 1991, art. 338; 81 de 1993, art. 43; Ley 600 de 2000; y 906 de 2004, art. 84 a 91 en materia de comiso.

La Ley 599 de 2000, C. P. vigente, establece:

Artículo 100. Comiso. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga su destrucción.

Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución.

En las conductas culposas, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos y se entregarán provisionalmente al propietario, legítimo tenedor salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro. En tal caso, no procederá la entrega, hasta tanto no se tome decisión definitiva respecto de ellos.

La entrega será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios, se hayan embargado bienes del sindicado en cuantía suficiente para atender al pago de aquellos, o hayan transcurrido diez y ocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien.

El legislador colombiano intentó ajustar los presupuestos de aplicación del decomiso a las normas internacionales sobre la lucha contra la delincuencia organizada (Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1998 – ratificada por Colombia mediante la Ley 67 de 1993), empero, esta figura presentaba enormes falencias, entre ellas: a) se le hizo depender de una sentencia condenatoria durante el proceso penal; b) el catálogo de delitos para los que se dispuso resultó ser lacónico; c) no se dispuso de mecanismos para perseguir a titulares de los bienes diferentes del sindicado; y, d) no se estableció la posibilidad de aplicar la medida sobre los bienes equivalentes (Garzón, 2003, p. 324).

Todas estas falencias se quisieron superar con la Ley 333 de 1996, de 19 de diciembre “Por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos de forma ilícita”. Durante su vigencia, los resultados fueron notables, sin embargo, estaba lejos de alcanzar el objetivo trazado, porque, como la norma anterior, dependía de la responsabilidad penal del sindicado, por lo cual cuando el agente resultaba exento de responsabilidad penal la consecuencia obligada era la obligación de devolverle los bienes incautados a aquél, pues no era posible deducir que los mismos tuvieran una procedencia ilícita. Este fue el motivo principal que condujo a la derogación de dicha normativa (Lara, 2004, p. 112).

Así nació la Ley 793 de 27 de diciembre de 2002, “por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio”, normativa luego modificada por la ley 1708 de 2014 que rige en la actualidad. Dicho lo anterior, es necesario precisar que el Estado colombiano prescindió desde entonces de la figura del decomiso dadas sus evidentes falencias, y, en su caso, ha optado por aplicar de manera sistemática el instituto de la extinción de dominio como medio eficaz en la lucha contra el narcotráfico y la delincuencia organizada. En adelante se hará referencia de forma exclusiva a tal instituto.

De esta manera, Lara (2004, p. 112) señala que la nueva disposición sobre la materia cambió la historia de Colombia, pues envía un mensaje claro: el delito no es rentable. Sus resultados son muy dicentes porque en año y medio de vigencia logró 191 sentencias de extinción de dominio sobre más de 1000 bienes y propiedades (Lara, 2004, p. 112). Aunque los resultados son muy ilustrativos, la eficacia apreciada no solo radica en una apropiada regulación sino, también, en la adecuada gestión de la Fiscalía General de la Nación, la Dirección Nacional de Estupefacientes (hoy Sociedad de Activos Especiales SAE) y demás instituciones del Estado.

### **Concepto de extinción de dominio**

La definición de extinción de dominio es preceptiva y se encuentra en su norma marco, según la cual “es la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Esta acción es autónoma en los términos de la presente ley” (art. 1, Ley 793 de 2002), por su parte, el Código de Extinción de Dominio establece:

[1]la extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado (art. 15, Ley 1708 de 2014).

Asimismo, la Corte Constitucional señala que

[1]la extinción del dominio es una institución autónoma, de estirpe constitucional, de carácter patrimonial, en cuya virtud, previo juicio independiente del penal, con previa observancia de todas las garantías procesales, se desvirtúa mediante sentencia,

que quien aparece como dueño de bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias previstas por la norma lo sea en realidad, pues el origen de su adquisición, ilegítimo y espurio, en cuanto contrario al orden jurídico, o a la moral colectiva, excluye a la propiedad que se alegaba de la protección otorgada por el artículo 58 de la Carta Política (Sentencia C-374 de 1997).

### **Naturaleza jurídica del decomiso en ambas legislaciones**

Como ya se expresó, en España el mecanismo estatal frente a la delincuencia organizada con motivación económica es el decomiso; mientras que en Colombia se acude a la acción de extinción de dominio. No obstante, en lo sucesivo se hace referencia siempre a la acción de decomiso para homogeneizar o, si se quiere, para hablar un mismo lenguaje.

La Corte Constitucional colombiana señala, en reiterados pronunciamientos (Sentencias C-374, 1997 y C- 409, 1993), que la acción de extinción de dominio es una institución jurídica concebida con un formidable rigor jurídico que la convierte en una herramienta tan novedosa como eficaz, caracterizada por ser una acción constitucional, pública, jurisdiccional, autónoma y expresamente regulada por el constituyente y relacionada con el régimen constitucional del derecho a la propiedad.

Es una acción constitucional, porque ha sido consagrada por el poder constituyente originario como el primer nivel de nuestro sistema democrático; además, fue concebida al nivel de otras acciones constitucionales –*v. gr.*, las acciones de tutela, de grupo, de cumplimiento o las populares–, con las cuales se busca proteger los derechos individuales o colectivos más importantes de la sociedad, de tal forma que “con el precepto constitucional se buscó dotar al Estado de un instrumento eficaz para desestimular el delito, en especial ciertas expresiones de él” (Ospino, 2004, p. 64).

Es una acción pública, en cuanto el Estado colombiano salvaguarda solo el dominio de los bienes adquiridos de forma lícita, de tal suerte que será extinguido el dominio de aquellos títulos ilegítimos, al hilo de lo cual se protegen intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el tesoro público y la moral social (Ospino, 2004, p. 64). Es jurisdiccional, puesto que a través de su ejercicio se desvirtúa la legitimidad del título sobre los bienes y ese es un típico acto jurisdiccional del Estado; además, su ejecución debe ceñirse a las garantías constitucionales y solo procede mediante la decisión de un juez (Corte Constitucional, sentencia C-374, 1997).

Es autónoma, dado que es independiente de los procesos penal y civil; en el primer caso, es independiente de la responsabilidad del afectado y, en el segundo supuesto, no está motivada por intereses patrimoniales, sino por intereses superiores del Estado. También, es directa, en tanto su procedencia está sujeta, únicamente, a la demostración de alguno de los supuestos señalados en la norma: enriquecimiento ilícito, perjuicio del tesoro público o grave deterioro a la moral social, entre otros (Ospino, 2004, p. 65).

De igual forma, es una acción real, dado que establece la posibilidad de perseguir el bien al margen de la persona que ostente su titularidad o, lo que es lo mismo, la extinción del dominio es patrimonial y no constituye una consecuencia penal sino económica de los actos imputables a una persona; por lo tanto, no exige el dolo para su aplicación. Es complementaria, porque no excluye la aplicación del decomiso, la incautación, la ocupación y las demás medidas que se adopten dentro del proceso penal, en relación con los bienes que hayan servido como instrumento del delito o fruto del mismo. Por último, es una acción imprescriptible, porque puede ejercitarse en cualquier momento sin que en relación con ella opere término de prescripción alguno (Garzón, 2003, pp. 332-335).

Con base en lo anterior, como la acción de extinción de dominio no se erige sobre los postulados del derecho civil ni penal, debe decirse que ella es una figura de carácter especial.

Para un observador desprevenido, o, incluso, para el legislador de otras latitudes, la regulación de la acción en comento puede resultar, cuando menos, excesiva, pues se trata de una especie de 'engendro jurídico', erigido con el fin de combatir y eliminar cualquier ventaja patrimonial que provenga del delito. Pero lo cierto es que no podía ser de otra manera, atendida la política criminal del Estado en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional; Colombia, no se olvide, ha vivido durante varias décadas el flagelo del narcotráfico y los carteles de la droga, situación que ha compelido al Estado a responder de una forma distinta para enfrentar estas nuevas modalidades delictivas. Todo ello, porque la delincuencia con fines económicos es receptiva a las penas privativas de la libertad y resulta sancionada en mayor grado cuando es despojada del beneficio patrimonial, de sus bienes.

Dicho lo anterior, no hay nada que objetarle a esta acción constitucional denominada "Acción de extinción de dominio", en tanto herramienta eficaz en la lucha contra el crimen organizado y la delincuencia económica y por razones de interés general. El Estado no puede mostrarse complaciente con ninguna forma de enriquecimiento injusto, contrario a la ley, a la moral social, o al tesoro público.

En España, la discusión sobre la naturaleza jurídica del decomiso adquiere otro matiz, pues se trata de una institución jurídica incluida entre las denominadas 'consecuencias accesorias' y que, atendido su carácter heterogéneo, no se ha logrado un consenso entre los autores respecto de su naturaleza jurídica. El desacuerdo se fundamenta en tres posiciones distintas: un primer grupo, señala que se trata de una medida civil; el segundo, sostiene que consiste en una nueva reacción jurídica; y, para terminar, el tercero, señala que es una consecuencia accesoria de carácter eminentemente penal.

Los primeros, es decir, quienes piensan que el decomiso es una medida civil o administrativa (Gracia, Boldovar y Alastuey, 2004, pp. 469-471), sostienen que –aunque la medida implique la privación o limitación de derechos, la competencia esté asignada al juez penal, se encuentre incorporada al C. P. y se decrete en un

proceso penal—, no deja de ser una reacción jurídica de carácter civil. Además, porque se fundamenta en una situación patrimonial ilícita.

Por su parte, Octavio de Toledo y Ubieto (2002, p. 4), considera que el decomiso de efectos e instrumentos es una medida penal, porque se funda en la peligrosidad y cumple una función preventiva, en tanto impide que los mismos puedan ser utilizados en futuras actividades delictivas; sin embargo, el decomiso de las ganancias es de naturaleza civil, semejante a la responsabilidad civil *ex delicto*. Adicionalmente, se trata de una figura próxima a la responsabilidad civil dado que su gravedad reside en las ganancias (Mapelli, 1998, p. 50). Así mismo, Blanco (2007, pp. 64-65), para quien el decomiso de ganancias además de corregir una situación patrimonial ilícita, cumple también una función preventiva, porque envía un mensaje disuasorio en el sentido de que el delito no es una actividad rentable. Argumento que comparten López y García (1996, p. 81).

El segundo segmento de autores estima que el decomiso es una nueva reacción jurídica. Así, Mir (2015, p. 831), señala que el decomiso no está previsto como una amenaza destinada a disuadir la comisión de un delito ni como castigo merecido por lo cual tampoco responde a ninguno de los fines de la pena: ni a la prevención a través de la motivación ni a la retribución, ni obedece a la necesidad de tratar la peligrosidad del sujeto como las medidas de seguridad. Se trata, en realidad, de una consecuencia accesoria de naturaleza peculiar.

Choclán (2001, p. 28), a su vez, expresa, lo siguiente: en primer lugar, que pese a ser una medida acordada en un proceso penal por la comisión de un delito, no cumple igual propósito que la pena, pues no constituye una reacción frente al delito ni la peligrosidad del autor; segundo, que no se trata de una medida de seguridad porque no recae en forma directa sobre el delincuente; y, tercero, que tampoco es una medida propiamente civil pese a que el dinero producto de la venta de los bienes de lícito comercio es destinado a cubrir la responsabilidad civil derivada del delito. De lo anterior, se puede inferir que para ese autor es una nueva reacción jurídica.

Con similar argumento se expresan Ríos (2011, p. 218) y Cerezo (2004, pp. 24-36). Para este último, el decomiso no puede considerarse una medida civil dado que no está concebida como un medio para restablecer derechos de índole patrimonial como, por ejemplo, la indemnización. No obstante, esa es una apreciación que debe entenderse en un sentido literal porque el decomiso cumple eventualmente una función de reparación o indemnización, toda vez que el dinero producto de la venta de bienes o instrumento decomisados (de lícito comercio) es destinado a cubrir la responsabilidad civil derivada del delito cuando los bienes lícitos del penalmente responsable no sean insuficientes para tal fin, aunque sea una función residual. Aunque puede existir responsabilidad civil sin que haya responsabilidad penal, eso no aplica para el decomiso que está sujeto al principio acusatorio.

Al hilo de este razonamiento, debe decirse que dicha interpretación ha sido admitida por el Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos (Sentencias 600,

2012; 5571, 2012; 11, 2011; 353, 2011; 16, 2009 y 130, 2009), el cual consideró el decomiso como una 'consecuencia accesoria', al margen de las penas como de las medidas de seguridad y entiende que su "naturaleza es, según la doctrina más autorizada, la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así el Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos (CP Suizo o CP Alemán) de establecer un tercer genero de sanciones bajo la denominación de "consecuencias accesorias".

Por último, para quienes se trata de una consecuencia accesoria de carácter penal, como García-Pablos (2005, p. 147), el decomiso hace parte del catálogo de instrumentos represivos del Estado regulados por el C. P., motivado por la comisión de un delito y de competencia asignada a los tribunales de lo criminal, por lo tanto su naturaleza es penal; además, para él no tiene sentido que la medida se imponga por la presunta comisión de un delito, se resuelva en un proceso penal sometido a la competencia de un juez penal y que su naturaleza corresponda a una rama distinta del ordenamiento jurídico. Gascón (2007), por su parte, entiende que el decomiso hace parte del derecho sancionador y agrega que es irrelevante, para clasificar su naturaleza jurídica, su carácter administrativo, civil o judicial (p. 83), porque los jueces penales pueden imponer sanciones penales y no penales como, por ejemplo, en materia de responsabilidad civil. Sirve también como medio de prevención general, dado que el decomiso puede afectar con más dureza que la propia pena (Jescheck y Weigend, 2003, p. 724). Con similares argumentos se expresan Ayo (1997, p. 271); Aguado (2000, p. 41); Luzón (2004, p. 57); Bacigalupo y Bajo (2010, p. 195) y Díez (2015, p. 801).

Así lo señala el TEDH (1995), cuando establece que es de indudable naturaleza penal, en la medida en que se impone como consecuencia de la realización de un hecho típico y antijurídico, mediante acusación penal y durante un procedimiento penal. Aunado a ello, se trata de una consecuencia jurídica análoga a la medida de seguridad, orientada principalmente a impedir que el bien o la cosa puedan favorecer futuros hechos delictivos tal y como sucede con la medida de seguridad, por ende el decomiso está sujeto a las restricciones del principio acusatorio y proporcionalidad.

En vista de las variadas interpretaciones respecto de la naturaleza jurídica del decomiso, es atinada la postura de la doctrina mayoritaria que alude a su naturaleza penal: primero, porque el decomiso de bienes, efectos o instrumentos del delito, se basa en el principio acusatorio, es decir, solo procede ante una acusación formal fundada en una prueba directa o, al menos, indicios objetivamente fundados que indican la presunta comisión de un delito; segundo, en tanto se valora la gravedad del perjuicio irrogado con la conducta delictiva del cual proviene; tercero, pues se impone durante el proceso penal bajo la competencia de un juez penal.

### **La presunción de inocencia y la carga de la prueba**

La nueva redacción del art. 127 *quater* C. P. tras la reforma de 2015, ha suscitado una gran controversia porque para algunos autores supone una amenaza para la

presunción de inocencia y, además, traslada la carga de la prueba al tercero. En ese sentido, Hava (2015, p. 222) sostiene que con la entrada en vigor de la nueva reforma los terceros de buena fe quedan en una posición más que delicada con respecto a la adquisición de cualquier tipo de bienes, porque pueden ser decomisados si son ilícitos o aquellos que los sustituyan, conforme a las reglas del decomiso por valor equivalente, debiendo adoptar en todo momento una actitud suspicaz (esto es más cuidadosa que una persona media) y, además, transfiere al tercero la carga probatoria (teoría diabólica). Esa autora, agrega que su contenido equivale a hacer penalmente responsable a una persona por el mero hecho de comportarse de modo levemente imprudente, porque a estas alturas es difícil mantener que el decomiso no es una pena al menos en el sentido afflictivo del término.

De modo semejante, Aguado (2014, p. 49) sostiene que, mediante esta ambiciosa y prometedor reform, se pretende –según lo señalado en la Exposición de Motivos de la Propuesta– introducir algunas mejoras técnicas orientadas a incrementar la eficacia y la seguridad jurídica en su aplicación. No obstante, de lo que no cabe duda tras la lectura del artículo comentado es que para el legislador español el fin justifica los medios, por lo cual prevalece la eficacia por encima de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, y se comprometen la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad. Con argumentos parecidos, se expresan Corcoy (2015, p. 451) y Cuello y Mapelli (2015, p. 376).

A la vista de lo señalado por los autores, hay varios aspectos a considerar: primero, no es compartible su razonamiento si se tiene en cuenta que no puede haber vulneración al derecho a la presunción de inocencia, cuando se impone un deber de diligencia mínimo al tercero adquirente en sus transacciones –es la cuestión donde estriba su planteamiento– si se consideran las siguientes razones: en primer lugar, porque el derecho penal, a diferencia de otras ramas del ordenamiento jurídico, no se conforma con la verdad formal con arreglo a determinados patrones sino que busca la verdad material y derivar la forma real de participación (Prats y Morán, 2001, p. 618).

En segundo lugar, la figura jurídica examinada consiste en una medida que se dirige *ad personam*, asociada con la responsabilidad del autor en un hecho delictivo, y no solo *in rem* lo que, según el autor, tiene trascendencia en cuanto a las reglas de la prueba y a la posibilidad de acordar la medida contra el tercero no responsable penalmente por el hecho. Significa, entonces, que el decomiso por su carácter eminentemente punitivo se rige por los principios jurídico-constitucionales que vinculan al derecho penal (Choclán, 2001, p. 30). De manera que la investigación del patrimonio criminal y el decomiso se edifican sobre el principio acusatorio (Tribunal Supremo, sentencias 969 de 2013 y 1008 de 2014; Fiscalía General del Estado, 2010) y, por consiguiente, para que exista una acusación, deben existir pruebas directas o, al menos, indicios objetivamente fundados que permitan inferir la presunta comisión de un delito (Tribunal Constitucional, sentencia 135, 2003 y Tribunal Supremo, sentencia 852, 2013); así, pues, las presunciones que contiene el citado artículo (127 *quater*), bajo ninguna circunstancia lesionan el principio consti-



tucional a la presunción de inocencia, teniendo en cuenta que la prueba indiciaria ha sido aceptada por la doctrina constitucional como un medio idóneo para enervar dicha presunción.

En tercer lugar, porque el decomiso es una institución jurídica que no está orientada a proteger derechos individuales sino derechos colectivos, de interés general o, también llamado el 'orden socioeconómico', y su finalidad no es otra que la de impedir que el delito pueda generar el más mínimo beneficio económico para sus autores y, de esta forma, se produzca un enriquecimiento ilícito. Además, a través de la investigación de los flujos o movimientos patrimoniales puede constatarse el *iter criminis* de determinados tipos penales (Fiscalía General del Estado, 2010, p. 8).

En Colombia, la cuestión acerca de la presunción de inocencia tiene un tratamiento distinto que obedece a la propia naturaleza de la acción de extinción de dominio. En materia de derecho penal, los principios que informan el proceso respectivo, como el *in dubio pro reo*, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el principio de favorabilidad, el debido proceso penal, entre otros, no son extrapolables a la extinción de dominio. Es posible que, para un observador desprevenido, la aplicación de la medida en comento vulnere la presunción de inocencia por cuanto no existe una sentencia condenatoria donde se acredite el origen ilegítimo de los bienes, a la luz de lo cual sería cuestionable que se produjera el despojo sin haberse establecido judicialmente su ilicitud. En ese sentido, la Corte Constitucional señala:

[e]sta acción no se trata, de manera alguna, de una institución que haga parte del ejercicio punitivo del estado y por ello no le son trasladables las garantías constitucionales referidas al delito, al proceso penal y a la pena. Por lo tanto, en el ámbito de la acción de extinción de dominio no puede hablarse de presunción de inocencia y, en consecuencia, de la prohibición de la inversión de la carga de la prueba, pues estas garantías resultan contrarias a la índole constitucional de la acción (Corte Constitucional, sentencias C- 460, 1992 y C- 409, 1997).

En igual sentido, Ospino (2004, p. 65), señala que solo se puede hablar de presunción de inocencia en un proceso penal o en un proceso disciplinario sancionatorio u otra medida, donde se tenga a una persona como sujeto pasivo de la acción, pero en un proceso donde la acción recae sobre cosas, es decir, sobre bienes, no es posible hablar de presunción de inocencia, pues no se tiene la posibilidad de enfrentar a una persona directamente; tampoco se exige culpabilidad ni la responsabilidad de la persona, en consecuencia no existe una persona a quien presumir inocente ello no es predicable de los bienes.

A su turno, la Corte Constitucional y la Corte Suprema señalan que no se requiere de una sentencia condenatoria para que proceda la acción en comento, ni siquiera es indispensable haber iniciado la acción penal por el delito de enriquecimiento ilícito, lo que resulta entendible de cara al trámite de extinción de dominio por lo cual es improcedente hablar de una conculcación al principio de la presunción de inocencia (Corte Constitucional, sentencia C-319, 1996, Corte Suprema de Justicia, auto radicado 10467, 1996).

Con respecto a la carga de la prueba, el tratamiento es evidentemente opuesto al caso español: en Colombia no hay inversión de la carga de la prueba porque, como ya se dijo, la naturaleza jurídica de la acción comentada no responde a los principios que informan el derecho penal, como si sucede en España. En el caso colombiano, por tratarse de una figura especial, autónoma e independiente, el legislador prescinde de todas esas exigencias técnicas que no hacen más que dificultar la persecución del patrimonio criminal. Pero esta cuestión no es un asunto menor y, por ello, uno de los aspectos de mayor interés para la normativa internacional es el relativo al tratamiento de la carga de la prueba en materia de decomiso de bienes. Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional recomienda:

Art. 7. Los Estados parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

Colombia, tras adaptar dicha Convención al derecho interno, hizo una reserva en el numeral 7 del artículo citado, que establece la inversión de la carga de la prueba [“demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso”]. Por esto, la Corte Constitucional (Sentencia C- 176, 1994), consideró que la inversión de la carga de la prueba en materia penal, relativa al comiso, es contraria al artículo 29 de la Constitución colombiana (debido proceso), al artículo 14, numeral 2 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el artículo, numeral 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos. En ese sentido, la Corte Constitucional señaló:

El sistema penal y procesal colombiano se encuentra edificado sobre sobre el principio de la presunción de inocencia consagrado en el artículo 29 de la Constitución, que proclama: “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. De modo que, la carga de la prueba está a cargo del Estado, sin perjuicio de que los sujetos procesales también puedan ejercer por iniciativa probatoria propia a fin de buscar el esclarecimiento de los hechos objeto de debate (Sentencia C- 176, 1994).

No obstante, entre los objetivos de la Ley de Extinción de Dominio (Ley 793 de 2002), la recopilación del acervo probatorio corresponde al ente instructor, con el fin de que se pueda develar de forma cierta la presunta responsabilidad penal o, al menos, se pueda inferir más allá de toda duda razonable, que los bienes fueron adquiridos con recursos provenientes de actividades ilícitas. Es decir, el debate probatorio debe girar en torno a establecer la procedencia de los fondos utilizados en la adquisición y no en determinar la responsabilidad penal de su titular que es, sin lugar a dudas, el sentido teleológico de la ley aludida.

Es por esto que en materia de extinción de dominio no se puede entender que exista inversión de la carga de la prueba ni que, por lo tanto, se han desconocido derechos constitucionales por cuanto se acude a la teoría de la carga dinámica de la prueba. Si bien la presunción de inocencia no es aplicable en el ámbito de la extin-

ción de dominio, en esta tampoco hay lugar a presumir la procedencia ilícita de los bienes que son objeto de ella, pues al Estado le corresponde demostrar a través de las entidades competentes el origen ilícito (Corte Constitucional, sentencia C- 319, 1996). Así, la Corte Constitucional señaló:

[n]o obstante, este derecho de oposición a la procedencia de la declaratoria de extinción implica un comportamiento dinámico del afectado, pues es claro que no puede oponerse con sus solas manifestaciones. Es decir, las negaciones indefinidas, en el sentido de que no es ilícita la procedencia de los bienes, no lo eximen del deber de aportar los elementos de convicción que desvirtúan la inferencia, probatoriamente fundada, del Estado en cuanto a esa ilícita procedencia. De ahí, que el afectado con el ejercicio de la acción de extinción de dominio, le sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, que consiste en que debe probar un hecho quien esté en mejores condiciones de hacerlo, es decir, le corresponde aportar las pruebas al proceso. Así, en el caso de la acción de extinción de dominio, el titular del dominio sobre los bienes, es quien está en mejores condiciones de probar su origen lícito, es él quien debe aportar las pruebas que acrediten ese hecho y que se desvirtúen el alcance de las pruebas practicadas por el Estado en relación con la ilícita procedencia de esos bienes (Sentencia C- 319, 1996).

En sentido similar, el Consejo de Estado sostiene que “el derecho de oposición a la procedencia de la declaratoria de extinción implica un comportamiento dinámico del afectado, pues es claro que no puede oponerse con sus solas manifestaciones” (Sección Tercera, 2001 y 2002). De donde resulta que al afectado con el ejercicio de la acción de extinción de dominio le sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, que consiste en que debe probar un hecho quien esté en mejores condiciones para hacerlo.

Además, debe tenerse en cuenta que una vez ejercitada la acción extintiva de dominio los afectados son quienes están llamados a ejercitar la defensa de sus intereses si se demuestra que sus bienes fueron adquiridos con dineros de procedencia ilícita; igualmente, dado que la obtención de la prueba supone un grado de dificultad alto, se admite el indicio como medio de prueba para enervar la presunción de licitud de los bienes (Lara, 2004, p. 108). Así las cosas, entonces, cabe preguntar, ¿por qué no invertir la carga de la prueba únicamente sobre determinados delitos? Eso, en tiempos remotos, suponía una amenaza para las garantías constitucionales sobre la base de la debilidad del procesado frente al omnipotente Estado; sin embargo, hoy en día, con el nuevo paradigma de la delincuencia organizada, la ecuación ha variado de manera sustancial dado que las grandes organizaciones criminales de alto rendimiento económico son, en muchas ocasiones, más poderosas e influyentes que los mismos Estados, incluso en ocasiones estas organizaciones llegan a someterlos. No se trata, entonces, del indefenso procesado (Ospino, 2004, p. 74), pues el Estado se enfrenta a estructuras de poder que pueden llegar a superarlo.

El mismo autor para explicar mejor la cuestión señala que la dinámica con la cual funciona esta acción es equiparable al proceso penal: ante la existencia de los presupuestos necesarios para abrir un proceso penal, se procede a la vinculación

y captura del implicado; en este caso ocurre algo similar, pues, si se acuerda la extinción es porque existe la convicción suficiente para arribar a una sentencia de extinción de dominio sin que ello suponga, necesariamente, la inversión de la carga de la prueba.

Para finalizar se debe tener en cuenta que en materia probatoria se admite como medio de prueba para ejercitar la acción de extinción de dominio el 'hecho notorio', con base en el cual se puede inferir a partir de las probanzas arrojadas a la actuación que se dedica profesionalmente a una actividad ilícita. No será necesario, entonces, entrar a pormenorizar cuál o cuáles bienes fueron adquiridos con determinada actividad o hechos precisos en cuanto a las fechas y momentos, porque ello sería imposible; a tales efectos, basta con que se tenga la convicción de aquella dedicación profesional y esto es lo que ocurriría con el ex narcotraficante Pablo Emilio Escobar Gaviria (Pinilla, 1998).

### **La buena fe exenta de culpa**

Al tenor de lo dispuesto en el art. 127 *quater* C. P., el decomiso también puede recaer sobre los bienes cuya propiedad es distinta a la de quien ha participado en la infracción penal; además, puede alcanzar a terceros en los supuestos en que la ley considera que la adquisición no debe ser protegida, teniendo en cuenta que esto último ocurre en los siguientes supuestos: 1) que los bienes pertenezcan a un tercero; 2) que su adquisición hubiera sido de buena fe; 3) que la adquisición se haya realizado legalmente; y, 4) que el titular de los bienes no sea responsable del delito.

Se considera que la adquisición del bien por parte del tercero ha sido de mala fe, conforme a lo dispuesto en el mismo precepto, cuando: 1) en el caso de efectos y ganancias, no exista duda sobre su origen ilícito, teniendo el adquirente el deber legal de sospechar conforme a las circunstancias, de su condición; y, 2) tratándose de otros bienes, la adquisición se realiza con el propósito de evitar su decomiso o, una persona diligente habría tenido motivos para sospechar que así ocurría. A renglón seguido, señala que serán objeto de la medida aquellos bienes transferidos a título gratuito o por un precio vil.

La buena fe ha sido desde tiempos inmemoriales uno de los principios fundamentales del derecho, ya sea en su aspecto activo como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o en su vertiente positiva como el derecho a esperar que los demás procedan de la misma forma (Corte Constitucional, sentencia C- 540, 1995). Lo esencial es que la buena fe es un principio general del derecho y no una regla de derecho (De Almeda, 2004, p. 35). Un principio general del derecho es un criterio o valor no legislado, ni consuetudinario, que permite dentro del sistema jurídico llenar las lagunas de la ley:

[...] una respuesta no positiva del problema, por virtud de la cual sea necesario acudir en ocasiones a criterios no legislados y no consuetudinarios. Aparece entonces la necesidad de decidir o resolver con arreglo a los criterios extralegales, lo cual no

quiere decir ni mucho menos que estos criterios (extralegales), deban considerarse como extrajurídicos (Diez-Picazo, 1988, p. 152).

La buena fe para Choclán (2001, p. 55) consiste en la ignorancia de las circunstancias que permiten el decomiso, mientras que para Ayo (1997, p. 274) es el desconocimiento del origen delictivo del bien; por su parte, Martín (2005, p. 233) sostiene que habrá mala fe cuando el adquirente tenga conocimiento del origen ilícito de la cosa, o de su condición de decomisible, incluso cuando no tenga origen ilícito o se halle ante la posibilidad de que así sea. Este último autor, a diferencia de los otros, se refiere a un conocimiento absoluto sobre el origen ilícito del bien, cuando decide emplear la frase ‘tenga conocimiento’ con exclusión de la mera sospecha o el total desconocimiento de cualquier vicio que invalide la adquisición.

En Colombia, la ley mediante la cual se regula la acción de extinción de dominio establece que “[l]o dispuesto en el presente artículo no podría interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe exentos de culpa” (artículo 3). Dicha protección otorgada a los terceros de buena fe exentos de culpa, resulta compatible con la Constitución (Corte Constitucional, sentencia C- 1007, 2002).

Dicho lo anterior, entonces, cabe preguntar, ¿cuándo se considera que la adquisición es de buena fe y debe ser protegida por la ley? Para responder a este interrogante se debe acudir a lo señalado por la Sala de Extinción de dominio, del Tribunal Superior de Bogotá:

La categoría conceptual de la buena fe exenta de culpa, se hace ante el cumplimiento de los actos jurídicos y de las obligaciones en general, que deben ser ejecutados de buena fe, es decir, con lealtad, con la intención positiva de realizar la finalidad social y jurídica a que obedece. Es que, no sólo se exige la honestidad en el propósito, sino además, la prudencia, diligencia y cuidado; principios constitutivos de la culpa en materia civil, que es el instituto al cual se refiere la normatividad cuando exige que el *tercero esté exento de culpa*; por tanto, como en este evento no se exonera la culpa, resulta inadmisibles como lo sugiere la recurrente, proteger un derecho que no se reconoce con procedencia lícita (Sentencia del 8 de febrero de 2012).

La ley distingue tres clases de culpa: culpa grave o negligencia grave, culpa leve o descuido leve y culpa o descuido levísimo. Ambas legislaciones coinciden sobre el criterio de la buena fe en los negocios, no solo como un deber de lealtad y honestidad en las transacciones sino que, además, debe haber cierto grado de diligencia y cuidado en estas, para que pueda ser considerado como un verdadero tercero de buena fe y gozar de la protección del derecho a la propiedad.

Para ser tercero de buena fe también se exige que la transferencia se haya realizado legalmente. La jurisprudencia fijó como un requisito inexorable para evitar la medida de decomiso “que el tercero haya adquirido los bienes de forma legal”. Consideramos que esta previsión es un tanto inocua, teniendo en cuenta que los delincuentes transfieren sus bienes o activos a terceros procurando eliminar cualquier rastro de ilicitud y, en efecto, evitar que estos sean decomisados, pues el propósito de la operación no es otro que darle apariencia de legalidad a la trans-

ferencia de titularidad y ampararse bajo la protección *lege lata* sobre el derecho de propiedad que se otorga al titular formal.

Dicho esto, se debe formular el siguiente interrogante: ¿cómo una transferencia de titularidad de bienes puede pretender parecer legítima sin que se haya realizado, al menos, legalmente? La respuesta salta a la vista: sería un verdadero despropósito hacerlo de forma opuesta a la norma, pues la transferencia siempre se hará legalmente –cuando menos sobre el papel– por lo que será necesario mirar más allá de la mera formalidad.

Asimismo, establece el TS que el “tercero no haya participado en el delito” (sentencias 1778 de 2013 y R.A. 38791 de 2014) lo cual genera bastante asombro, teniendo en cuenta que si ha participado en la actividad criminal, sencillamente, no tiene la condición de tercero y, en su caso, será penalmente responsable a título de autor o partícipe del delito fuente y procede el decomiso directo, ampliado o por un valor equivalente, según sea el caso. Además, la medida de decomiso en el proceso penal no está vinculada a la pertenencia del bien al responsable criminal, sino, únicamente, a la demostración del origen ilícito del producto, ganancias o de su utilización para fines criminales, por lo que, en principio, siendo absuelto o perteneciendo el bien a un tercero, podrá acordarse el decomiso sobre los efectos del delito, desvirtuando la presunción de buena fe de los arts. 433 y 434 de la LH y acreditar que era un tercero aparente para encubrir su origen ilícito.

### **Responsabilidad penal del tercero de mala fe**

En España, la responsabilidad penal del tercero de mala fe está limitada a un único tipo penal, es decir, al delito de blanqueo de capitales. El decomiso, como consecuencia accesoria del delito, no exige la concurrencia de elementos objetivos ni subjetivos, es decir, que el titular haya participado en la actividad criminal, pues basta que se acredite haber contribuido –al menos de modo imprudente– a dificultar el decomiso del bien, sin perjuicio de que dicho comportamiento pueda ser constitutivo, dadas las circunstancias, de un delito de receptación o de blanqueo de capitales (Choclán, 2001, p. 56). Estas determinadas circunstancias podrán acreditarse mediante prueba indiciaria, construida con elementos como las relaciones preexistentes entre el transmitente y el adquirente, la adecuación del precio al valor del bien, la efectividad del pago o la procedencia del dinero utilizado para este último, entre otros aspectos (Fiscalía General del Estado, 2010, p. 25).

Tras la nueva redacción del art. 127 *quater* C. P., es compartible el razonamiento de Campos (2013), cuando señala que, primero, el citado precepto, se refiere a que el adquirente conozca o sospeche que proceden de una actividad delictiva. Cabe recordar que el art. 301 C. P., como primera forma comisiva del blanqueo de capitales, se refiere “al que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona”. En el caso recogido en el artículo 127 *quater* C. P., lo que debería determinarse es el enjuiciamiento del tercero que realiza tal conducta como autor responsable de un delito de blanqueo de capitales, por dolo directo, si

conocía la procedencia ilícita o, bien, por dolo eventual, si tan solo lo sospechaba dadas las circunstancias del caso.

Añade que, en el segundo de los supuestos contemplados por el precepto para autorizar el decomiso de bienes de terceros, se refiere a que se adquieran los bienes con conocimiento o sospecha que de este modo se dificultaba su decomiso. Procede transcribir la parte del art. 301 C. P., cuando se refiere al autor del blanqueo de capitales diciendo es quien “realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”. El que participa activamente auxiliando al responsable de un delito a eludir el decomiso, completa todos los elementos del delito de blanqueo de capitales.

Por último, la aclaración contenida en el apartado 2 del 127 *quater* C. P., referida a los supuestos de adquisición a título gratuito o por precio inferior al de mercado, son simplemente elementos fácticos que permiten deducir el elemento subjetivo del delito de blanqueo de capitales (Campos, 2013, p. 24).

Con argumentos muy similares se expresa Aguado (2014, p. 51), quien sostiene que en los supuestos en los que el sujeto conozca la procedencia delictiva o sepa que han sido transferidos para evitar su decomiso, estaríamos ante una conducta constitutiva de un delito de blanqueo de capitales a título doloso tipificada en el art. 301.1 C. P. y, en el caso de que el tercero hubiera tenido motivos para sospechar que procedían de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, estaríamos ante un delito de blanqueo de capitales imputable a título de imprudencia (art. 301.3 C. P.).

Además, existe abundante jurisprudencia sobre los bienes que el tercero haya adquirido de forma dolosa o imprudente, esto es, aquellos que para evitar su decomiso son fruto de un delito de blanqueo de capitales *v. gr.* El caso Banesto (Tribunal Supremo sentencia 867, 2002 y el caso Ballena blanca, sentencia 200, 2001, entre otras), con la particularidad de que, en estos supuestos, el tercero era una persona jurídica. Aun cuando no se logre demostrar la mala fe del tercero en la adquisición y se le halle exento de responsabilidad penal, el mismo está obligado a restituir lo recibido a título lucrativo: “[e]l que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación” (art. 122 C. P.). De la anterior descripción se puede vislumbrar que se trata de una responsabilidad objetiva frente a los presupuestos que se establecen en el tipo penal de enriquecimiento sin causa y esta responsabilidad es sistemáticamente diferente a la del tercero.

En Colombia, conforme a la legislación vigente, existe un mayor abanico de posibilidades a efectos de imputar responsabilidad penal al tercero de mala fe. En primer lugar, puede ser sancionado por un delito de testaferrato (art. 326 C. P.); no obstante, se establece un requisito inexorable para su aplicación, consistente en que el verdadero titular de los bienes haya sido condenado por un delito de

narcotráfico y conexos y dicha sentencia se encuentre en firme. Ante la ausencia de dicho presupuesto, se dará aplicación a lo dispuesto en el art. 323 C. P., es decir, el agente será imputado por lavado de activos, siempre que el delito haga parte del catálogo de delitos enumerado taxativamente y, en su defecto, se estaría frente a una receptación (art. 447 C. P.). Este último tipo penal desempeña un papel residual frente a los dos primeros, cuya función consiste, aunque con menor severidad punitiva, en sancionar aquellas conductas que no pueden ser alcanzadas por los delitos de testaferrato o lavado de activos.

### **El decomiso frente al titular registral: la doctrina de levantamiento del velo**

Esta construcción académica no es una figura jurídica natural del ordenamiento jurídico español, ella es extrapolada del *Common Law* anglosajón –*Disregards* (correr el velo)– y del derecho alemán *Durchgriff* (penetración a través de) (Pérez, 2012, p. 2). Según los registros documentales, la primera vez que se aplicó esta doctrina fue en el caso *Bank of the United States vs. Deveaux* (1809), instruido por el reconocido juez Marshall y su empleo estuvo motivado, fundamentalmente, por el ánimo de preservar la jurisdicción de los Tribunales Federales por encima de las sociedades, ya que ellas no podían ser consideradas como ciudadanos miembros de ningún Estado, al tratarse de una mera entidad legal con capacidad de actuar en el tráfico.

Su finalidad consiste en anular la posibilidad de que el falso titular pueda alegar la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, por ejemplo, incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc.

Dicho esto, cabe señalar que se trata de dos supuestos claramente identificables: el primero, es que el falso titular del bien sometido al decomiso no tiene la condición de tercero en los términos que señala el art. 127 *quater* C. P.; y, el segundo, supone que el derecho penal, a diferencia de otras ramas del ordenamiento jurídico, no busca la verdad formal sino la verdad material (Tribunal Supremo, 2006). Así, es perfectamente válido aplicar la doctrina del levantamiento del velo cuando sea necesario dejar en evidencia entidades ficticias (personas jurídicas) creadas o utilizadas para dar cobertura a situaciones patrimoniales ilícitas.

Con base en lo anterior, no puede alegarse la separación de patrimonios de una persona jurídica y una persona física cuando, en realidad, son lo mismo, si con el desdoblamiento de personalidad se persigue un fin fraudulento (Choclán, 2001, p. 62). Por ende, no se genera *ope legis* la adquisición del derecho de propiedad.

Es una doctrina que, desde su génesis, está prevista, principalmente, para los supuestos de titularidad aparente y fraudulenta mediante o, a través de las personas jurídicas; sin embargo, dicha connotación no es óbice para que pueda aplicarse a las personas físicas tal y como lo señala el Tribunal Supremo cuando sostuvo:



[l]a sentencia combatida aplica la teoría del levantamiento del velo y prescindiendo del ropaje jurídico en la forma de adquisición trasciende de la realidad jurídica aparente a la real, declarando y poniendo al descubierto la verdadera situación en aras a la realización de la justicia material, en su dimensión patrimonial (Tribunal Supremo, sentencia 717, 2002).

Tratándose de bienes muebles, su inscripción en determinados registros públicos es un trámite de carácter administrativo que manifiesta una titularidad aparente que puede no corresponderse con la realidad y dicha condición no puede ser un obstáculo para el decomiso cuando quede demostrado que pertenecen al autor o partícipe del delito (Martín, 2005, p. 251); a este respecto, véase el Auto 125, 2000 del Tribunal Constitucional. Por su parte, la sentencia 2930 de 2000 (Tribunal Supremo, 2000, RA 2930), desestimó el recurso frente al comiso de un camión que el acusado dice es propiedad de su hermano, pues no consta que dicho camión fuera propiedad de una persona diferente de quien en los hechos de autos lo conducía y lo utilizó para transportar el hachís objeto de la sanción. Por consiguiente, si no se está ante una persona distinta a los responsables de la infracción, no habrá impedimentos para proceder al decomiso. Así mismo, la jurisprudencia señala que la titularidad administrativa no otorga la condición de tercero de buena fe (Tribunal Supremo, sentencia 798, 2008), en tanto que el registro es un trámite administrativo y no civil.

De idéntica manera, la posesión de los bienes muebles crea una apariencia de titularidad y, a su vez, otorga un efecto legitimador que es difícil de destruir: “[l]a posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente podrá reivindicarla de quien la posea” (art. 464 C.C.). De esta forma, cabe mencionar que la condición de titular es una cuestión independiente y nada tiene que ver con la buena o mala fe que haya operado en la adquisición de la cosa y en nada impide ejecutar la medida cuando haya lugar.

Con respecto a bienes inmuebles la doctrina del levantamiento del velo se aplica de forma análoga: si bien existe un principio de legitimación registral que confiere una presunción de titularidad “a todos los efectos legales” (art. 38 de la ley hipotecaria, en adelante LH), no obstante se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contra y puede ser desvirtuada mediante pruebas suficientes y, en caso de ser necesario, con audiencia del titular registral.

A su turno, el art. 34 LH, expresa:

El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro [...].

Este texto se basa en el denominado principio de fe pública registral, también llamado ‘tercero hipotecario’, que consiste en que se debe tener por existentes y vá-

lidos los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad en los siguientes supuestos: primero, que posea la condición de tercero, es decir, que no sea un testafarro y, segundo, que los haya adquirido de buena fe, o sea, ignorando cualquier vicio que pudiese invalidar la adquisición. Este principio no protege al testafarro que ostenta un título formal o aparente, pues “[l]a inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes” (art. 33 LH). En otras palabras, el negocio subyacente será nulo, siendo los bienes adjudicados al Estado atendiendo a lo dispuesto en los arts. 6.3 (“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”) y 1305 CC:

Quando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta [...].

Aunado a lo anterior, y en relación con los bienes inscritos a nombre de terceros, el último párrafo del art. 20 LH, incorpora una medida cautelar, la cual establece que en los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando, a juicio del juez o tribunal, existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, más allá de la mera formalidad del registro, haciendo constar dicha referencia en el mandamiento.

Esta previsión es más que acertada y es una verdadera garantía para los terceros de buena fe toda vez que, por una parte, permite asegurar el bien a decomisar dejando su libre disposición al Estado y, por otra, evita que terceros de buena fe puedan incurrir en algún vicio que eventualmente pueda invalidar la adquisición del bien, llegando a encontrarse con desagradables sorpresas. Aunque en la práctica, excepcionalmente, aquella observación en el Registro a la Propiedad se produce de forma tardía por no haberse logrado enervar la falsa apariencia y, por ende, determinar con grado de certeza que el titular real es el acusado (testafarro), no obstante, dicha cuestión no logra empañar su función preventiva.

En Colombia, también se aplica esta doctrina en los casos de titularidad aparente. El levantamiento del velo corporativo es un fenómeno que solo puede darse cuando la ley expresamente lo establece y los asociados al suscribir un determinado contrato societario se adhieren a las normas legales o estatutarias que lo rigen, aceptando que tal situación pueda acontecer (Cámara de Comercio de Bogotá *et al*, 1998, p. 33). En ese sentido, la Ley 190 de 1995 ‘Estatuto Anticorrupción’, establece que: “[l]as autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta” (art. 44).

Esta construcción no ha tenido en el país, el desarrollo normativo que se esperaba, pues sus disposiciones son lacónicas y un tanto ambiguas y obsoletas en

comparación con la regulación española; no obstante, ello obedece a que se trata de una institución jurídica concebida para ir más allá de las meras formalidades y detectar fraudes mediante las personas jurídicas o empresas ‘fachada’ y dedicadas a actividades ilegales. Pero no podía ser de otra manera habida cuenta de que en España, a diferencia de Colombia, desde el año 2010 y 2015 se incorporó al C. P. la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cual también hicieron Francia en 1994, Chile en 2009 y, recientemente, México y Ecuador en 2014. En Colombia, esta posibilidad parece ser una realidad lejana.

## Conclusiones

Es evidente que la recuperación de activos ilícitos da suficiente muestra de ser un mecanismo idóneo para luchar contra la delincuencia organizada con fines lucrativos. Así las cosas, de un lado, Colombia aplica la figura de la extinción de dominio traída del derecho anglosajón y adaptada a la normativa interna; y, del otro, España opta por desarrollar y extender el objeto del decomiso y sin aludir a la naturaleza jurídica de cada una de las figuras señaladas. Lo relevante, sin embargo, es que ambas persiguen un propósito común: atacar el patrimonio criminal.

En el caso de Colombia, nada hay que objetar a la aplicación sistemática de la acción de extinción de dominio en los ámbitos sustancial o procesal porque, aunque sus disposiciones puedan ser consideradas desproporcionadas, lo cierto es que resultan pertinentes de cara a la nueva realidad del país.

Respecto de España, puede afirmarse que el art. 127 *quater* C. P. es, sin lugar a dudas, una herramienta jurídica eficaz en la lucha contra la delincuencia económica, la corrupción y el crimen organizado; por ello, su nueva regulación es bienvenida, teniendo en cuenta que los bienes que han salido del patrimonio del acusado de forma ficticia no pueden ser alcanzados por el decomiso directo ni el ampliado y que, además, reduce considerablemente el campo de acción de los delincuentes. Sin embargo, tal y como quedó previsto, está lejos de cumplir a cabalidad con el objetivo trazado.

Las razones por las cuales se afirma lo anterior son plurales: en primer lugar, por cuanto mira con los efectos e instrumentos surge una primera duda en relación con la perturbadora y genérica remisión ‘a los artículos anteriores’. En ese sentido, el apartado segundo del artículo precedente (art. 127 *ter* C. P., relativo al decomiso sin sentencia), dispone que el decomiso que no esté motivado en una condena únicamente “podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con base en los indicios racionales de criminalidad” (art. 127 *ter* C. P.). En segundo lugar, sostiene que si se ha realizado una transmisión de bienes a título gratuito, es difícil determinar la desproporción entre el valor de los bienes y los ingresos lícitos del condenado. Asimismo, amplía notablemente el sujeto pasivo del decomiso que, hasta entonces, solo podía ser el responsable de la infracción (Vidales, 2015, p. 403).

La concurrencia del dolo o de la imprudencia en el decomiso desdibuja su verdadera naturaleza como consecuencia accesoria, toda vez que, una vez se hayan

probado la certeza o la sospecha del tercero sobre la ilicitud de los bienes, dicho sujeto será responsable de un delito de blanqueo de capitales (art. 301.1.3 C. P.) a título doloso o imprudente, según sea el caso y, de resultar condenado, procede afectar los bienes por la vía de decomiso basado en condena, el ampliado o por valor equivalente.

El actual art. 127 *quater* C. P. está concebido como un delito de resultado, pues exige como conducta típica la transferencia del bien y, consecuentemente, constituirse en un titular aparente, por lo cual resulta criticable que la aplicación del decomiso de bienes de terceros se condicione a la previa existencia de una transmisión, existiendo tan sólo una titularidad de hecho o la posesión por el tercero del bien que es objeto, instrumento o producto del delito.

El decomiso de bienes por un valor equivalente, debería suprimirse del art. 127 *quater* C. P., en virtud de que se trata de una modalidad de decomiso autónoma recogida en un artículo aparte; no es de buen recibo que el legislador, buscando una mayor eficacia de las disposiciones, incurra en repeticiones inútiles que poco o nada contribuyen a los fines trazados con la nueva reforma. El art. 127 *quater* C. P., tal y como quedó tras la reciente reforma de 2015 al Código Penal, constituye una extensión o, por lo menos, una nueva redacción del delito de blanqueo de capitales –doloso e imprudente– recogido en el art. 301.1.3 C. P.

Con base en lo expuesto, una propuesta de *lege ferenda* para el caso español es la de fijar el límite de los supuestos del art. 127 *quater* C. P. de una forma diáfana que disipe la actual ambigüedad de su texto y, además, separar el decomiso del C. P., prescindiendo de tantas formalidades técnicas que no hacen más que dificultar la persecución del patrimonio criminal.

De igual forma, una propuesta de *lege ferenda* para Colombia, supone admitir que, en términos generales, la legislación actual resulta bastante buena, sobre todo, si se la compara con la de otros países –España, por ejemplo–, para eliminar cualquier ventaja patrimonial que provenga del delito; sin embargo, presenta falencias que se deben superar con urgencia, en particular, lo atinente a la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hasta tanto ello suceda, no puede hablarse de una verdadera reforma en la lucha contra la delincuencia económica y el crimen organizado. Lo anterior, sumado al necesario aumento de los jueces de extinción de dominio, porque, en un país como el nuestro, con la coyuntura que atraviesa por la proliferación de la delincuencia organizada, tener solamente tres jueces resulta ser un desperdicio.

## Referencias

Aguado, T. (2000). *El comiso*. Madrid: Edersa.

Aguado, T. (2013). Embargo preventivo y comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: presente y ¿futuro?, *Estudios Penales y Criminológicos* (XXXIII), 265-320.

- Aguado, T. (2014). Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013. *Indret*, 1-56. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/1025.pdf>.
- Auto 125 (2000). Tribunal Constitucional español.
- Auto 10467 (1996, junio 14). M.P. Ricardo Calvete Rangel. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Ayo, M. (1997). *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*. Pamplona: Aranzadi.
- Bacigalupo, S. y Bajo, M. (2010). *Derecho penal económico* (2 ed.). Madrid: Universitaria Ramón Areces.
- Blanco, I. (2007). La aplicación del comiso y la necesidad de crear mecanismos de recuperación de activos. *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal* (1). Recuperado de <http://www.penal.org/sites/default/files/files/BlancoA1.pdf>
- Cámara de Comercio de Bogotá *et al* (1998). *La extinción de dominio y el registro mercantil*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Campos, D. (2015). *Decomiso, medidas cautelares y recuperación de activos*. Recuperado de [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/PESCRITA\\_CAMPOS.pdf?idFile=95c18c33-4eba-4595-846c-9ff5ea2cfcc6](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/PESCRITA_CAMPOS.pdf?idFile=95c18c33-4eba-4595-846c-9ff5ea2cfcc6)
- Caso Bank of the United States *vs.* Deveaux (1809). Suprema Corte de EUA.
- Caso Welch *vs.* Reino Unido. (1995, febrero 9). Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Caso Jamil *vs.* Francia. Sentencia (junio 9, 1995). Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Cerezo, A. (2004). *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Granada: Comares.
- Choclán, J. (2001). *El patrimonio criminal "comiso y pérdida de la ganancia"*. Madrid: Dikynson.
- Consejo de la Unión Europea (1990). Convenio 141 del Consejo de Europa.
- Consejo de la Unión Europea (2001). Decisión Marco 2001/500/JAI, relativa al "blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito"
- Consejo de la Unión Europea (2005). Decisión Marco 2005/212/JAI de 24 de febrero relativa al "decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito". Estrasburgo el 8 noviembre 1990, sobre blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso del producto de los delitos.

- Corcoy, M. (2015). *Comentarios al Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cuello, J. y Mapelli, B. (2015). *Curso de Derecho Penal, Parte General* (3 ed.) Madrid: Tecnos.
- De Almeida, M. (2005). *Buena fe objetiva y los deberes de ella derivados, Tratado de la buena fe* (T II). Buenos Aires: La Ley.
- Decreto 050 de 1987. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 37754, Congreso de la República de Colombia, 13 de enero de 1987.
- Decreto 100 de 1980. Por el cual se expide el nuevo Código Penal. Diario Oficial No. 35461, Congreso de la República de Colombia, 23 de enero de 1980.
- Decreto 2700 de 1991, Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal. Diario Oficial No. 40910, Congreso de la República de Colombia, 30 de noviembre de 1991.
- Díez-Ripollés, J. L. (2015). *Derecho Penal, Parte General* (4 ed.) Valencia: Tirant lo Blanch.
- Diez-Picazo, L. (1988). *Sistema de Derecho Civil* (T. I, 6 ed.), Madrid: Tecnos.
- Fiscalía General del Estado (2010). Circular n° 4/2010, Sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal.
- García-Pablos, A. (2005). *Introducción al derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Garzón, F. (2003). *Instituciones de Derecho Procesal Penal* (4 ed.) Bogotá: Legis.
- Gascón, F. (2007). *El decomiso transfronterizo*. Madrid: Colex.
- Gracia, L., Boldovar, M. y Alastuey, M. (2004). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (3 ed.). Valencia: Tiran lo Blanch.
- Hava, E. (2015). *Comentario a la reforma penal de 2015*. Navarra: Aranzadi.
- Iguarán, M y Soto, W. (2015). *La extinción de dominio y los terceros de buena fe exento de culpa*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Jaén, M. y Perrino, A. (2015). Recuperación de activos derivados del delito: un objetivo prioritario de la reforma penal. *La ley* (8545).
- Jescheck, H. y Weigend, T. (2003). *Tratado de derecho penal, parte general* (5 ed.). Granada: Comares.
- Lara, M. (2004). *Extinción de dominio*. Bogotá: editorial carrera 7.
- Ley 95 de 1936. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 23160. Congreso de la República de Colombia, abril de 1936.

- Ley 94 de 1938. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 23801. Congreso de la República de Colombia, junio de 1938.
- Ley 2 de 1984. Nueva ley de administración de justicia. Diario Oficial No. 23095. Congreso de la República de Colombia, enero de 1984.
- Ley 81 de 1993. Por la cual se introducen modificaciones al Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 41098. Congreso de la República de Colombia, julio de 1993.
- Ley 333 de 1996. Por el cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos de forma ilícita. Diario Oficial No. 42945. Congreso de la República de Colombia, diciembre de 1996.
- Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44097. Congreso de la República de Colombia, julio de 2000.
- 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 de 2000.
- Ley 793 de 2002. Por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio. Diario Oficial No. 45046. Congreso de la República de Colombia, diciembre de 2002.
- Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45658. Congreso de la República de Colombia, septiembre de 2004.
- Ley 890 de 2004. Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. Diario Oficial No. 45602. Congreso de la República de Colombia, julio 2004.
- Ley 1708 de 2014. Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio. Diario Oficial No. 49039. Congreso de la República de Colombia, enero de 2014.
- López, D. & García, M. (1996). *El Código Penal de 1995 y voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Madrid: [s.n.].
- Luzón, D. (2004). *Curso de Derecho penal. Parte General*. Madrid: Universitas.
- Mapelli, B. (1998). Las consecuencias accesorias en el nuevo código penal. *Revista penal* (1), 43-54.
- Martín, J. (2005). El comiso de propiedad de bienes de “tercero”: análisis del respeto de las garantías sobre la titularidad por las sentencias penales (A propósito del auto TC 125/200, de 19 de abril). *Derecho privado y constitución* (19), 225-258.
- Mir, S. (2015). *Derecho Penal, Parte General* (10 ed.) Barcelona: Reppertor.
- Muñoz, F. y García, M. (2010). *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Octavio de Toledo y Ubieto, E. (2002). El comiso. *La Ley* (3), 1563-1569.

- Ospino, J. (2004). *Extinción de dominio*. Bogotá: Editorial carrera 7.
- Pérez, B. (2012). Levantamiento del Velo y Responsabilidad Tributaria. *Revista de información fiscal*, (110), 33-72 Recuperada de <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/43775/1/INFORMACION%20FISCAL%20110%20Levantamiento%20del%20velo%20y%20responsabilidad%20tributaria.pdf>
- Pinilla, N. (1998). *Nuevos instrumentos Contra el Lavado de Activos*. Ponencia presentada en la Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, Colombia.
- Plazas, L. (2004). *Extinción de dominio*. Bogotá: Editorial carrera 7.
- Prats, F., Morán, C. y Quintero, G. (Dir.). (2001). *Comentario al nuevo código penal*, Navarra: Aranzadi.
- Restrepo, M. (2006). Instrumento cautelar del comiso. *Estudios Socio-Jurídicos* (2), 151- 170.
- Reino de España. Ley Orgánica 1 de 2015. Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE No. 77. Congreso de los Diputados, marzo de 2015.
- Ríos, J. (2011). *Las penas y su aplicación*. Madrid: Colex.
- Roig, M. (2016). La regulación del comiso: el modelo alemán y la reciente reforma española. *Estudios Penales y Criminológicos* 36, 199-279.
- Roma, A. (Dir.) et al. (2015). *Código penal comentado*. Barcelona: Bosch.
- Sentencia 2930 (2000, abril 10) (RA. 2930). Tribunal Supremo.
- Sentencia 200 (2001, marzo 31). Tribunal Supremo.
- Sentencia 155 (2002, julio 22). Tribunal Supremo.
- Sentencia 867 (2002, julio 29). Tribunal Supremo.
- Sentencia 717 (2002, octubre 18) (R.A. 1074/2004). Tribunal Supremo.
- Sentencia 135 (2003 junio 30). Tribunal Constitucional.
- Sentencia 1074 (2004, octubre 18) (R.A. 6559). Tribunal Supremo.
- Sentencia 952 (2006, octubre 6) (R.A. 5739). Tribunal Supremo.
- Sentencia 798 (2008, noviembre 12) R.A. 6366). Tribunal Supremo.
- Sentencia (2009, enero 27) (RA: 2009/130). Tribunal Supremo.
- Sentencia (2011, febrero 1) (RA: 2011/ 353). Tribunal Supremo.
- Sentencia 600 (2012, julio 12) (RA: 2012/ 5571). Tribunal Supremo.



Sentencia 1778 (2013, marzo 5) (R.A. 2014/38791). Tribunal Supremo.

Sentencia 852 (2013 diciembre 18). Tribunal Supremo.

Sentencia 969 (2014, febrero 18). Tribunal Supremo.

Sentencia 1008 (2014, marzo 5). Tribunal Supremo.

Sentencia T- 460 (1992, julio 15). Acción de Tutela. MP. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional.

Sentencia C-176 (1994, abril 12). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional.

Sentencia C-540 (1995, mayo 26). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional.

Sentencia C-319 (1996, julio 18). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Corte Constitucional.

Sentencia C-374 (1997, agosto 13). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional.

Sentencia C-409 (1997, agosto 28). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional.

Sentencia C-1007 (2002, noviembre 18). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional.

Sentencia (2012, febrero 8). Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Extinción de dominio.

Sentencia (2001, mayo 3). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Sentencia (2002, enero 24). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Unión Europea (2014). Directiva 2014/42/UE, sobre “Embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea”.

**III**

**Documentos**



## EL MOMENTO AXIOLÓGICO EN LA CREACIÓN DEL TIPO Y SU TRASCENDENCIA EN LOS ACTOS DE LEGISLAR Y DE APLICAR LA LEY EN MATERIA PENAL\*

*Carlos Alberto Jaramillo Restrepo*

Antes de dar inicio al desarrollo de las consideraciones que en relación con el tema propuesto se llevarán a cabo a continuación, me parece conveniente, a título de preámbulo, hacer algunas precisiones, partiendo siempre de un supuesto, como es el de que, en mi sentir, todas las normas jurídicas, comprendiendo por obvias razones las de naturaleza penal, son el producto de la valoración de la conducta que regulan, no solamente desde la óptica de la expresión material o fenoménica de la misma, sino desde el punto de vista de su contenido intrínseco, tanto en lo que tiene que ver con las finalidades o propósitos particulares, como en lo que atañe a las motivaciones, aspecto este último a tal punto relevante, que bien podría concluirse, en términos generales, que el ordenamiento jurídico penal se reduce principalmente a la valoración de las motivaciones en tanto factores explicativos del origen del comportamiento en sí, sea este positivo o negativo, de índole dolosa o culposa, como en su momento se verá, siempre partiendo, eso sí, del supuesto fenoménico traducible en la materialización de la conducta de la que se trate.

Dentro de las precisiones anotadas, cabe advertir las siguientes: en cuanto a las razones por las cuales se hizo la escogencia del tema, aquellas radicaron en varios motivos de preocupación que considero deben embargar, no solamente a quienes de una u otra forma tienen relación con el derecho penal, ya sea como doctri- nantes, como estudiosos, como profesores, como abogados, como administradores de justicia, sino, más aún, a los mismos destinatarios de la normatividad punitiva, a lo cual debe añadirse que resulta, por decir lo menos, sorprendente el silencio aparentemente complaciente respecto de la manera como se viene legislando penalmente en nuestro país, y, lo que es más grave aún, en torno a la forma como se está aplicando, naturalmente con algunas excepciones, la legislación penal, sin pronunciamiento ni crítica de nin-

---

\* Trabajo presentado por el Prof. Dr. Carlos Alberto Jaramillo, al ingresar como Académico Correspondiente, Capítulo de Medellín. Fue publicado en el No. 356 de la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia (p. 157 y ss.), de agosto de 2014. Agradecemos a esa institución y, muy especialmente, al Doctor Fernando Mayorga García, por autorizar esta publicación.

guna especie acerca del particular, olvidándose de paso aquella frase lapidaria, según se dice atribuible a Charles Louis De Secondant, barón de Montesquieu, de conformidad con la cual 'la injusticia contra uno constituye una amenaza para todos'.

En efecto, la actividad legislativa sobre la materia, si por algo se ha venido caracterizando en los últimos años, es por un irracional expansionismo de espaldas a la propia naturaleza del ordenamiento, en cuanto de carácter esencialmente sancionador y por ende representativo de lo que se ha denominado la *ultima ratio*, en virtud de lo cual constituye el último instrumento del que se vale el Estado para regular determinadas conductas, o bien, porque no son objeto de reglamentación por otros plexos normativos a pesar de su dañosidad, o bien, porque, dada su significativa gravedad en vista de su particular lesividad, ameritan la regulación punitiva, explicándose así tanto su excepcionalidad regulatoria, como la excepcionalidad de su aplicación.

El expansionismo mencionado, gravísimo por demás, pudiera ser el producto de la forma coyuntural como se legisla, ya que cuanto problema se presenta en la comunidad pretende solucionarse por la vía penal sin análisis racional alguno, muchas veces bajo la influencia de órganos de criminalización no formales como pudieren ser los medios de comunicación, o también la comunidad misma, que a la postre ve en la penalización de los comportamientos, antes que un medio de protección de lo que resulta imprescindible para la posibilidad de la convivencia social, un medio de venganza o de retaliación, interviniéndose de esta manera indirectamente el acto de legislar por parte de cuanto *lego* existe, pues, por desgracia, en Colombia todo el mundo pareciera estar autorizado para pronunciarse sobre lo que no tiene la más mínima autoridad.

Y como si lo anterior fuera poco, preocupante y también digna de crítica, resulta la manera como en muchos casos se viene aplicando la ley penal, prescindiéndose de toda consideración de orden racional en punto a la razón de ser y finalidad o teleología de los tipos, de lo cual devienen predicamentos infundados acerca de la tipicidad de las conductas, teniendo para ello como base únicamente la equivalencia formal entre el comportamiento y la descripción episódica, en ostensible detrimento de una objetiva interpretación a título de presupuesto indefectible para una debida aplicación de la ley, a partir de una congruente imputación, congruencia que debe darse entre la conducta y la razón del tipo de cara al cual aquella se pretende subsumir, so pena de afectarse la tipicidad como presupuesto del juicio de antijuridicidad, pues no puede pasarse por alto que, al conceptualizarse legalmente el último de los juicios mencionados, nuestro Código Penal, en su artículo 11, textualmente expresa: "Antijuridicidad. Para que *una conducta típica* sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, *sin justa causa*, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal" –subrayas extra texto–.

Debo precisar, además, que el presente trabajo, antes que fundamentarse en innumerables posiciones de carácter puntual, propias de los diferentes autores que

han tratado sobre la materia, y de ahí su reducida bibliografía, es en gran parte el producto decantado de las reflexiones que sobre el tema he venido haciendo a lo largo de mi actividad docente y profesional en el campo del derecho penal, sin perjuicio, obviamente, de que lo reflexionado tenga genéricamente fundamento en la doctrina, pero sin que me sea dable precisar estrictamente todas las fuentes, salvo en algunos casos, pues tanto se ha dicho y por parte de tantos sobre estos temas penales. Creo que viene al caso traer a colación una afirmación de Jacques Leclercq, citada por el profesor Uribe Holguín, según lo refiere el doctor Enrique Gaviria Gutiérrez (2004) en el preámbulo de su obra *Apuntes Sobre el Derecho de las Sociedades*, que dice así: “¡Basta de aprender! ¡Pensar! Escribía Alan Fournier. Hoy día morimos de erudición. Ya no nos es posible proponer una idea sin citar veinte autores, ni estudiar un asunto sin antes reunir todo lo que se ha dicho sobre el tema”.

Pues bien, como quiera que el tema propuesto se relaciona estrictamente con el tipo penal en tanto se refiere a uno de los momentos propios de su génesis o proceso de creación, para el caso, el axiológico, que también puede mirarse como la fase valorativa, nada más pertinente que partir de una noción, por lo menos aproximativa, de lo que debe entenderse acerca de lo que es el tipo penal, anotando, en principio, que es la descripción de una conducta en cuanto prohibida por la ley penal, de cuya realización devienen consecuencias jurídico penales que se traducen en la imposición de una pena, o de una medida de seguridad, según que el sujeto que lleva a cabo la conducta sea una persona imputable o una persona inimputable. Y en vista de que la conducta tiene una parte extrínseca y también una parte intrínseca, o, lo que es lo mismo, un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo, al ser el tipo a su vez el instrumento por medio del cual esa conducta se describe, bien puede decirse de una manera más concreta que aquel es la descripción objetiva de lo objetivo-subjetivo de una conducta, entendiéndose por ‘descripción objetiva’ la que es precisa, inequívoca, fidedigna, real, de lo objetivo, es decir, de la parte externa de la conducta, y de lo subjetivo, es decir, de su parte interna, advirtiendo que, cuando se hace referencia a la conducta como objeto de la descripción, esta puede serlo de carácter positivo, dando lugar a los tipos de acción, o de carácter negativo, dando lugar a los tipos omisivos, llamados también de omisión propia.

De la afirmación acerca de que el tipo penal bien puede considerarse como la descripción de una conducta en cuanto prohibida por la norma penal, lo cual es obvio, ya que el ordenamiento punitivo únicamente describe conductas en su condición de tales, vale decir, de prohibidas, se deriva algo de capital importancia, como es el hecho de que en todo tipo penal va implícito, o, lo que es igual, subyace una prohibición de realizar la conducta descrita por el tipo, de manera que, cuando se lleva a efecto la conducta que ha sido tipificada, lo que se hace es realizar el tipo, violándose de paso la prohibición subyacente constituida por la norma correspondiente, dándose lugar a la diferencia entre tipo y norma, lo cual no obsta para que exista, a tal punto, relación entre norma y tipo, que la finalidad de aquella, vale decir, de la norma, comporta a su vez la razón de ser y la finalidad del tipo

que a la postre se traduce en su objeto jurídico, como relación que de protección se da entre el tipo y el bien jurídico.

Respecto del punto en comento, el profesor español Francisco Blasco Fernández de Moreda (1970), expresa en un artículo con el que contribuyera al homenaje que se le hiciera al maestro Luis Jiménez de Asúa, titulado *Notas en torno a la esencia de lo antijurídico y, en especial, de lo penalmente tipificado*, lo siguiente:

[...] Binding, destacó que quien comete un delito no infringe realmente la ley, sino que, por el contrario, acomoda su conducta a la descripción del hecho que se reprime por el ordenamiento punitivo. Así, el que comete un homicidio, no se opone al precepto que en el Código argentino por ejemplo reza: “se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro...” (Artículo 79). Lo mismo ocurre con el que roba, estafa, etc. Pero si no viola la ley, si se quebranta algo que es vital para la convivencia social y el orden jurídico: la norma que está por sobre y detrás del texto de la ley. En los propios términos de Binding “la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o dicho de otra manera más exacta: la norma valora, la ley describe. Ésta construye la disposición penal que se compone del “precepto”, en que se describe y define el acto o la omisión, y la “sanción” en que se determina la pena con que el hecho está conminado”. Esclareciendo más aún esta doctrina, Jiménez de Asúa, exponiéndola ha acotado: “nos encontramos, entonces, con que en la vida del derecho existen normas y leyes referidas a intereses vitales que la protección jurista [sic] eleva a bienes jurídicos. Junto al bien jurídico está la norma que lo protege, y de aquí que el delito, que ataca un bien jurídico, sea lo contrario a la norma” (pp. 368 y 369).

Por su parte, el autor argentino, Mario Orestes Folchi (1960), en su libro titulado *la importancia de la tipicidad en derecho penal*, expresa sobre el particular lo siguiente:

Ya hicimos mención de la talentosa concepción científica debida a Karl Binding, cuando este afirmó que un hecho punible no constituye una infracción a la letra de la ley, sino a la norma que se haya tutelado por el precepto penal. Surge claro de ello que existen dos conceptos netamente diferenciados: el tipo protector y la cosa protegida. Son dos engranajes de una misma máquina y sin alguno de ambos ésta no funciona, pues se hayan estrictamente enlazados. Resulta imposible, entonces, concebir una norma incriminadora que tenga por objeto castigar la violación de nada. Siempre hay tras el precepto un valor que se quiere tutelar: la propiedad, la fe pública, la seguridad de la nación, la vida misma. La importancia del estudio del bien jurídico con relación al tipo legal y la afirmación –que hacemos nuestra– de que aquel integra la armazón típica, resaltan tanto desde un aspecto general de la sistemática, como desde el punto de vista particular de la construcción de cada tipo. En efecto, la consideración del bien jurídico es esencial para poder precisar acabadamente el método en virtud del cual se formulará toda la estructuración de la parte especial de los códigos (pp. 78 y 79).

Lo expuesto quiere decir entonces que la norma penal se viola cuando se realiza en el mundo fenomenológico la conducta que dicha norma prohíbe, conducta para cuya delimitación como prohibida requiere ser descrita por el instrumento idóneo para el efecto, que no es otro diferente al tipo penal, y de ahí como anteriormente

lo expresara, que el tipo pueda considerarse como la descripción de una conducta en cuanto prohibida por la norma penal.

Así las cosas, cabe reflexionar acerca de aquella afirmación según la cual se ha sostenido que el tipo se circunscribe a una mera y simple descripción comportamental o de conducta, con exclusión de todo contenido axiológico o valorativo, al punto que se llegó al extremo de decir que se trata de un fantasma sin sangre, pues, si se tiene en cuenta la relación existente entre el tipo y la norma que en él subyace y a la vez se sostiene como siempre lo he creído, que la norma es el producto de la valoración de la conducta que regula, prohibiéndola, si se considera significativamente lesiva de los intereses comunitarios, u ordenándola, si su pretermisión se califica en igual sentido, es decir, de ostensiblemente perjudicial para los susodichos intereses (tipos de acción y tipos de omisión), el despojar de todo contenido valorativo al tipo no resulta digno de recibo, pues lo cierto es que aquel, por lo anteriormente dicho, lo que viene siendo es el resultado de la valoración de la conducta que describe, valoración que se traduce en un juicio negativo o de carácter desvalorativo por parte del órgano de criminalización formal, a saber, el legislador, que es a quien corresponde la tipificación de los comportamientos.

En relación con el presente tópico, el inolvidable maestro Alfonso Reyes Echandía (1976), en su monografía sobre la tipicidad, se refiere a la posición del tratadista italiano Aldo Moro de la siguiente manera, advirtiendo que en cierta forma se aparta de la misma: “[e]s verdad que Moro critica la concepción descriptiva del tipo por considerar que es imposible e ilógico separar su contenido meramente formal del valor sustancial de la conducta que él encierra” (p. 23). En efecto, el autor italiano mencionado dice al respecto:

Describir significa, por tanto, indicar necesariamente un hecho pleno de significado, y de significado jurídico inclusive. El tipo abstracto de delito entraña el desvalor ético jurídico del hecho, de aquel desvalor característico que expresa propiamente, para ser típico. Toda separación o solo la distinción de un elemento descriptivo puro y de un elemento de valor es arbitraria fractura de la única e indisoluble realidad, que es el acto humano orientado hacia fines valorables. La tipicidad del hecho es propiamente expresiva de su valor jurídico [...] (p. 189).

Lo anteriormente expresado guarda estrecha relación con el momento axiológico en el proceso de creación de los tipos penales, con base en el cual se amerita la razón de ser de la descripción episódica o del tipo propiamente dicho, de manera que este no debe traducir la expresión de un capricho por parte del legislador, sino, por el contrario, el resultado de la valoración de la conducta descrita, que, en tanto se le califica con base en la cultura como dañina o perjudicial respecto de determinados intereses concebidos como imprescindibles para posibilitación de una normal convivencia social, reclama su prohibición en aras de la protección de dichos intereses que adquieren así su condición de bienes jurídicos; prohibición que, en honor al principio de legalidad o de reserva, *nullum crimen nulla poena sine lege*, no puede darse sino mediante una estricta e inequívoca delimitación del



comportamiento a través de su tipificación, y de ahí aquel postulado de Ernest Von Beling, según el cual ‘no hay delito sin tipicidad’. Así, pues, mediante el tipo como descripción de la conducta prohibida, se pretende proteger el bien jurídico contra el que dicha conducta atentaría, constituyéndose el objeto jurídico del primero como la relación que de protección existe entre aquel y el respectivo bien, sin cuya satisfacción el comportamiento, a pesar de corresponderse formalmente con la descripción episódica, deviene en atípico, ya que, como de todos es sabido, el objeto jurídico del tipo penal constituye uno de los elementos jurídicos que en sentido genérico hacen parte de su estructura.

Así las cosas, es incuestionable la importancia que para los procesos de adecuabilidad típica de las conductas representa el momento axiológico en la génesis del tipo, pues, en la medida en que el comportamiento, no obstante ser equivalente formalmente con la descripción legal, no se compadezca con la razón de ser de la misma desde la óptica de la finalidad de la norma subyacente, que como reiteradamente se ha venido diciendo es la de proteger el bien jurídico, la conducta, como ya se dijo, resulta atípica, pues, pensar en sentido contrario, sería tanto como aplicar una norma en relación con un caso para el cual no se expidió dicha norma al tipificar la conducta que aquella prohíbe.

En punto de la naturaleza del juicio valorativo que genera la necesidad de tipificar la conducta, todo indica que se trata de un juicio de perjudicialidad para determinados intereses sociales, los que dada su importancia deben ser tutelados por la vía penal, de manera que la relevancia del mencionado juicio radica en que representa la razón por la que se amerita la creación del tipo. No se trata propiamente de un juicio de antijuridicidad en sentido estricto, de cuyo predicamento se pudieren derivar consecuencias jurídico penales concretadas en la imposición de penas o medidas de seguridad, pues, en tanto el tipo no ha sido aún creado, se violaría el principio de legalidad. Se trata es de la valoración del comportamiento en vista de su contenido antisocial, ya que este representa el riesgo cuya desaprobación da lugar a la necesidad de prohibirlo con el debido fundamento para ello, teniendo así presente el principio de lesividad, pues los comportamientos inocuos son intrascendentes para el derecho punitivo.

No obstante lo anterior, hay quienes como los profesores Blasco Fernández de Moreda y Jiménez Huerta, respaldados, según entiendo, por quien fuera su maestro, don Luis Jiménez de Asúa, sostienen que el juicio de desvalor al que se viene haciendo referencia, es un juicio de antijuridicidad, ya que, cuando se tipifica en el ordenamiento penal una conducta, ello se debe a que la misma se tiene como contraria a las normas de cultura, de las que hace parte el derecho como ordenamiento jurídico general, al punto inclusive de que el primero de los mencionados invierte el pensamiento del profesor alemán Edmundo Mezger, según el cual la tipicidad es la *ratio essendi* de la antijuridicidad, para aseverar todo lo contrario, o sea, que es la antijuridicidad la *ratio essendi* de la tipicidad. Pienso que la antedicha conclusión no riñe con la realidad, siempre que se trate de una antijuridicidad concebida como genérica, de cara al derecho como expresión cultural, la que sería

equivalente a un juicio de antisociabilidad sobre la conducta llevado a cabo para su tipificación, vale decir, de manera anterior al surgimiento del tipo. Por su parte, la antijuridicidad en sentido estricto radicaría en la materialización del riesgo desvalorado traducida en lesividad real o potencial, sin justificación alguna, como consecuencia de la realización de la conducta tipificada.

Para una mayor claridad sobre lo anotado, podría pensarse en los siguientes casos, a título de ejemplo.

Cuando nuestro Código Penal tipifica el homicidio agravado con fundamento en la primera causal prevista por el artículo 104, disposición que a la letra dice: “[e]n los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica”, el órgano de criminalización formal, o sea, el legislador, ha debido realizar todo un proceso valorativo de la conducta para su consagración en condición de tal, es decir, de comportamiento homicida de carácter agravado. En efecto, si se tiene en cuenta que en una sociedad monogámica como la nuestra, la familia representa su célula estructural, la que a su vez se integra por unos miembros, padre, hijos, etc., entre los cuales lo natural es que existan lazos de afectividad que los vinculan entre sí, es evidente que los susodichos lazos cumplen la función de una barrera por la que cada uno de los miembros se inhibe mayormente de atacar a otro de los que hacen parte del grupo familiar, que lo que se inhibiría si el atacado fuera un tercero. Así, cuando el padre mata dolosamente al hijo o, viceversa, el sujeto activo ha superado la inhibitoriedad connatural a la relación psico-afectiva que los une y, por ende, el comportamiento homicida en tales casos es mayormente desvalorable.

Aparte de lo anterior, con la agravante legalmente consagrada, se pretende, además, la protección de la familia, de manera que dicha finalidad proteccionista comporta en esos casos una especie de objeto jurídico complementario, ya que con la tipificación del homicidio se tutela la vida como interés fundamental, y con la consagración de la agravante se tutela la familia.

Teniendo en cuenta lo anotado, en el evento de que un hijo diere muerte al padre que por sus acciones desnaturalizadas ha representado la oposición absoluta respecto de aquello por lo que debe caracterizarse la función paternal, a raíz de lo cual no existe lazo psico-afectivo de ninguna especie, la conducta, si bien pudiere ser típica de homicidio, no lo sería de homicidio agravado, pues, en este caso, no habría existido rebasamiento de la inhibitoriedad connatural a la relación psico-afectiva que hiciese mayormente desvalorable el actuar, ni habría familia que proteger desde el punto de vista del padre, pues este, por su manera de comportarse, sería todo menos un miembro familiar. Así, entonces, si bien la conducta sería formalmente equivalente al tipo agravado, lo cierto es que no se compadecería con la razón de ser y finalidad de la agravante y, por ende, derivarla sería tanto como aplicar la ley a un caso para el cual no se hizo dicha ley, habiendo lugar al predicamento de una atipicidad relativa.

Al tipificarse la conducta de inducción a la prostitución mediante el artículo 213 del Código Penal, disposición cuyo texto reza: “[e]l que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona, incurrirá en prisión de [...]”, el legislador ha desvalorado la conducta en tanto la ha considerado lesiva de aquellos bienes para cuya protección resulta necesario prohibirla. Dichos bienes serían, en principio, la libertad, la integridad y la formación sexuales. Sin embargo, tratándose de personas mayores de edad aquellas sobre las cuales se efectúa la inducción, habría que hacer las siguientes precisiones: en cuanto a la formación sexual como el bien a tutelarse, quedaría descartada, pues, respecto de una persona mayor de edad, la formación en tal sentido no es susceptible de afectación. En cuanto a la libertad sexual, como quiera que el verbo rector radica en inducir, habría que distinguir la clase o forma de inducción de la que la se trate: si es una inducción por medios engañosos o artificiosos, el tipo tendría pleno sentido en cuanto descripción de la conducta prohibida de cara a su objeto jurídico. Pero, si la inducción estriba en medios persuasivos de orden argumentativo, de manera que la persona a quien se induce estaría en libertad de tomar o no la resolución de prostituirse, el tipo carece de sentido en cuanto a descripción de conducta prohibida de cara a su objeto jurídico y, por ello, creo que bien puede afirmarse que la última forma de inducción no fue la tipificada. He aquí una excepción al principio de que ‘donde la ley no distingue no cabe distinguir’, pues, si en el presente caso no se distingue la clase de inducción, se caería en el absurdo de prohibir una conducta que carece de toda razón para prohibírsele. Y, en cuanto a la integridad sexual, que aparte de ser un bien difuso por depender de la visualización y concepto que cada persona tenga de ella, pues lo que para unos es integro sexualmente, para otros puede no serlo, razón por la que va en detrimento del principio de determinación denominado de tipicidad según el artículo 10 de nuestro Código Penal, cabrían las mismas reflexiones que se hicieran en torno a la libertad. Si se tiene en cuenta lo anteriormente planteado, en el evento de que alguien induzca a otro a la prostitución o al comercio carnal mediante argumentos de convicción, no obstante que el comportamiento es formalmente equivalente al tipo en comento, pues se dio la inducción, sería atípico por no compadecerse con la razón de ser y finalidad de dicho tipo y, por ende, no se satisfaría su objeto jurídico como elemento genérico de orden estructural que es. Mejor habría sido, para mayor claridad, que la descripción episódica se hubiese redactado en términos tales como: “el que con el ánimo de [...] *por medio de artificios o engaños* induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona [...]”, pues así tendría pleno sentido el objeto jurídico, evitándose de paso toda posible confusión.

En el concierto para delinquir, figura esta que en términos generales se compadece en su esencia con los elementos integrativos propios de lo que otrora constituía la asociación para delinquir, salvo en lo que tiene que ver con la conformación del sujeto activo que en tanto de orden pluripersonal se componía como mínimo de tres personas en la antigua asociación, mientras que en el concierto actual se parte simplemente de que sean varias, pues en lo demás no se presenta variación de fondo alguna, la desvaloración de la conducta, por la que se explica su prohibición a través de la descripción o correspondiente tipificación por vía del artículo

340 del Código Penal, modificado por el artículo 8 de la Ley 733 de 2008, que textualmente reza: “[c]oncierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años. /Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. /La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir”, su tipificación estriba en el grado de afectación que, para la seguridad pública, desde una perspectiva meramente potencial, representa el aunamiento de voluntades o el hecho de concertarse en tal sentido, pues, en el evento de que la finalidad del concierto se materializase a través de la ejecución de las acciones delictuosas para las cuales se produjo, en frente de lo que se estaría sería de un concurso heterogéneo de conductas punibles entre el mencionado concierto y aquellos delitos que comportaron su teleología, como con toda claridad lo establece la disposición anteriormente transcrita, delitos estos últimos que, a su vez, lesionarían el interés jurídico en virtud del cual y para cuya protección, se han llevado a cabo las respectivas tipificaciones conductuales.

Se trata así de un acto preparatorio punible *per se*, en relación con una pluralidad de delitos indeterminados en punto tanto a su singularización como a su delimitación temporo-espacial, radicando allí, se reitera, la explicación de la prohibición de la conducta mediante su tipificación, y hallándose, en consecuencia, la razón de ser del tipo, ya que con su comisión se genera un peligro abstracto para los diferentes bienes jurídicos que podrían lesionarse con la comisión de los comportamientos que constituyen la finalidad propia del concierto.

Permítaseme hacer transcripción de algunos acápites de providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia acerca del tema, advirtiendo que, si bien hacían referencia al tipo de asociación para delinquir que consagraba el Código Penal de 1936, ello no obsta para que conserven plena vigencia, pues como se expresara, el actual concierto participa de los mismos elementos esenciales de la anterior asociación. Ha dicho la Corte: “Lo que las legislaciones tienen en cuenta en esa *clase de actos preparatorios, es la potencialidad criminal que encierran, la alarma colectiva que suscitan y por eso, el delito se consume al formarse la asociación criminal*” (cursivas añadidas. Cfr. Gaceta Judicial. Tomo LXXIII. Auto de 10 de diciembre de 1952, p. 851). Expresa, además:

El propósito permanente de cometer delitos, *es el mal en potencia que anima la asociación*, circunstancia que de por sí conlleva el poder de perjuicio traducido en alarma social; es propiamente el daño público o inmediato derivado de la simple asociación independientemente del daño privado o mediato que se pueda alcanzar con la realización de los delitos, el derecho que el Estado tutela en esta clase de delitos

que menoscaban la tranquilidad pública [...] La expresión cometer delitos traduce el móvil o fin de la asociación. La ley no prevé y ni sanciona un delito determinado, sino la eventualidad de la asociación para cometer actos punibles [...] *La pluralidad de delitos en cuanto a planes delictivos, es lo que diferencia a la asociación de una simple coparticipación criminal en relación a un delito determinado [...]*” –cursivas añadidas, Gaceta Judicial. Tomo LXXVII. 1954. Imprenta Nacional, p. 895–.

Recientemente al proferir concepto en un caso de extradición, respecto de la figura actual del concierto para delinquir (se refería al Decreto 100 de 1980), la Corte dijo el día 19 de noviembre de 1999, con ponencia del Honorable Magistrado Yesid Ramírez Bastidas: “[...] presupone esta especie ilícita objetivos criminosos comunes realizables *en circunstancias durables no singularizadas* o instantáneas, de suerte que si se realizan estas otras acciones, se presenta la figura del concurso de hechos punibles (Código Penal, artículos 26 y 28)” –cursivas añadidas–.

En este orden de ideas, tal como se anotara de mi parte en un concepto que me fuera solicitado acerca del punto que se viene tratando, de conformarse una asociación o de llevarse a cabo una concertación para la comisión indeterminada de delitos de homicidio, o de delitos de secuestro, o de delitos de narcotráfico, o de delitos de violación sexual, etc., se pondrían en peligro abstracto los intereses generales de la comunidad en relación con el derecho a la vida, con el derecho a la libertad individual, con el derecho a la salubridad pública, o con el derecho a la libertad sexual y demás, respectivamente, y de ahí que lo que se lesiona sea la seguridad pública que bien pudiere ser entendida como el interés general en torno a la improbabilidad de afectación de los derechos de manera significativa para la comunidad, mediante la comisión de actos delictuosos plural e indeterminadamente considerados, pluralidad e indeterminación que son, precisamente, las características de la figura por las que se afecta esa seguridad en un sentido público, pues, de tratarse de actos singularizados, la afectación, aunque también de orden potencial, apenas lo sería de naturaleza individual. El profesor Jesús Bernal Pinzón (1965), en su obra *Delitos contra la Administración Pública y Asociación para delinquir*, hace una cita de la posición de Vincenzo Manzini sobre el derecho tutelado, en que se dice: “[s]e ampara la turbación del orden público, no como efecto común a todos los delitos (lo que se compadecería con la denominada fuerza moral objetiva propia de todo comportamiento delictuoso) sino como efecto que derivó de un determinado delito, por su índole y por sus elementos” (p. 457) –paréntesis extra texto–.

Ilustrativo resulta, además, el criterio del maestro Luis Carlos Pérez (1984) en lo relativo al bien jurídico en relación con esta clase de tipos, quien anota al respecto en su *Tratado de Derecho Penal*:

[u]n homicidio, un asalto a mano armada, un secuestro, la estafa a una entidad crediticia, lesionan la sensación de seguridad *pero no la seguridad misma*. Por eso hay hechos seleccionados en todos los estatutos con una represión especial, *pues son muchos los que reciben el daño o los que son susceptibles de sufrirlo*, muchos los que experimentan o pueden experimentar temor por esa suerte de realizaciones (p. 452).

Luego advierte en la misma obra: “[l]a unión de varios sujetos *para realizar delitos indeterminados* colocándose así al margen de las actividades sociales normales, constituye siempre *un peligro común* para la seguridad, más aún para la tranquilidad *colectiva*” (Pérez, 1984, p. 462) –cursivas añadidas–.

Bien puede afirmarse, como consecuencia de lo planteado, que la indeterminación fáctica y temporo-espacial de los actos delictuosos representativos de la finalidad de la figura, vale decir, del concierto para delinquir, comporta un supuesto de indefectible consideración para la posibilitación del proceso de adecuabilidad de la conducta al tipo en referencia, ya que es, precisamente, en vista de esa indeterminación que surge la relación entre el tipo y el bien jurídico de la seguridad pública que, por medio de aquel, se pretende tutelar o proteger, relación esta en la que se encuentra el objeto jurídico en su consideración de elemento genérico estructural del tipo penal.

En razón de lo expuesto, hay lugar a concluir que, en aquellos casos en los que el aunamiento de voluntades está referido a uno o inclusive a varios delitos expresamente singularizados, en vista de lo cual bien pueden tenerse por determinados, a lo que jurídicamente habría lugar, en el evento de la real comisión de dichos delitos, sería al predicamento del concurso de conductas punibles en cualquiera de sus modalidades, pero de ninguna manera a la afirmación de la comisión del tipo de concierto para delinquir en el sentido propio de la figura que, de realizarse, atenta contra la seguridad pública. Sobre el particular ha dicho la Corte en relación a la otrora asociación para delinquir que, para el caso, en términos generales y como se expresara, equivale al concierto actual:

*El complot, o acuerdo de varias personas para llevar a cabo determinada actividad criminosa, de la cual resulte cometidos varios delitos, no constituye asociación para delinquir, pues no todo concurso de tres o más personas en la realización de dos o más delitos implica la ocurrencia de aquella infracción, pues la asociación para delinquir requiere, cabe repetirlo, que el acuerdo se refiera a delitos indeterminados, no solamente en la especie, sino en el tiempo, en el modo, y en el lugar y en las personas o bienes cuyo daño se busca, debe estar determinado por un móvil de permanencia (Sentencia del 8 de Octubre de 1966). –cursivas añadidas–.*

En efecto, aún en el caso de que la finalidad del acuerdo verse sobre varios delitos a cometerse, pero de manera que esa pluralidad delictuosa (tres o cuatro delitos, por ejemplo) no sea a tal punto significativa como para predicar un peligro para la comunidad, derivar la realización de un concierto iría en contra del objeto jurídico de la figura, y por lo tanto la conducta debe considerarse atípica.

Sobre la importancia del bien jurídico en relación con los tipos que lo protegen, el ya mencionado autor argentino Mario Folchi (1960) advierte lo siguiente, en la obra citada:

Para JIMÉNEZ HUERTA es tan definitiva la importancia del bien jurídico tutelado en los estudios del tipo, que el origen, existencia, estructura, límites, fines y alcance del tipo penal solo pueden hallarse en el bien jurídico que tutela. Creemos que nada

hay más exacto, pues en la concepción teleológica que debe emanar de toda correcta sistemática penal, la indicación del valor que se quiere proteger reviste fundamental trascendencia. Así, sería imposible tipificar el delito de violación sin tener en cuenta el bien que se tutela, en este caso la integridad física y casi siempre la moral de la mujer, (en nuestra legislación la libertad, la formación y la 'integridad' sexuales) que se vería amenazada con la conducta del agente, que ejecuta el acto sin la aquiescencia del sujeto pasivo. Por otra parte, el bien jurídico arrastra trascendencia para considerar si el delito se ha consumado o no puesto que aunque se hayan integrado todos los elementos del tipo en el quehacer del sujeto, no estaremos ante un evento criminal sino hay, además, una objetiva o potencial lesión de la objetividad tutelada. Es decir que resulta preciso inferir una ofensa a ese ideal valorativo que rige la convivencia social para que pueda hablarse de delito consumado plenamente" (pp. 79 y 80) –paréntesis extra texto–.

En forma similar, por no decir prácticamente idéntica, se pronuncia Giuseppe Bettiol (1977), cuando sobre el particular expresa:

Ante todo el delito es lesión efectiva o potencial de un bien jurídico. ¿Qué quiere decir tal afirmación? Si el derecho en general es disciplina de relaciones sociales y si estas relaciones sociales gravitan todas en torno a determinadas exigencias, a determinados valores, a determinados bienes, que deben ser garantizados para asegurar su goce específico por parte de todos, el delito –hecho antisocial por excelencia–, no podrá sino referirse a tal momento objetivo, encontrándose su más auténtica sustancia en un perjuicio que se refleja sobre toda la colectividad. *La esencia del delito viene dada, en otros términos, por la lesión de un bien jurídico, es decir, por la lesión de un bien de la vida social garantizado por la norma penal. Y la norma penal por su parte no solo es un imperativo o mandato en cuya violación se sustanciaría –según la concepción subjetivista– el delito, sino que es también una valoración, o sea, criterio para juzgar la conformidad objetiva de una acción humana con las exigencias de tutela de determinados bienes de la vida social. El mandato jurídico no puede caer en el vacío: debe tener una razón plausible, que se encuentra en el ser de la norma penal como garantía de las supremas exigencias relativas a la existencia, conservación y desarrollo de la vida social. Son estas exigencias las que vulnera el delito, de tal modo que antes que vulneración de una norma o de un deber, el delito es lesión de un bien jurídico.* Tal consideración vincula el delito a una realidad objetiva, ofrece al delito un contenido, determina una garantía para todos. He aquí por qué la concepción objetiva del delito es la que más responde a un planteamiento político de la libertad, por la garantía que la misma ofrece mediante el dato objetivo al particular imputado de no ser condenado por desobediencia, sino por la agresión a los bienes de la sociedad (p. 105) –cursivas añadidas–.

Luego anota:

*El bien jurídico llega a ser, pues, razón de la individualización y de la sistematización de los hechos ilícitos penales. Todo delito tiene su individualidad jurídica, y varios delitos pueden tener en sí un común denominador (objetividad jurídica de grupo: delitos contra la fe pública, contra el patrimonio, etc.).*

*Bien se puede decir entonces como en el Código Penal vigente el delito se constituye sobre tal criterio fundamental, que es, en consecuencia, criterio de elección, de sistematización, y de interpretación. De elección, por lo que concierne a la creación de un delito con vista a la tutela de un determinado bien; de sistematización, por cuanto respecta al reagrupamiento*

de delitos sobre la base de su sustancialidad jurídica; *de interpretación, para iluminar –individualizado el bien jurídico– todo momento del tipo delictivo. Ya hemos dicho como la interpretación penal sea en sustancia una interpretación teleológica, lo que significa una interpretación que, lejos de desenvolverse al hilo de planteamientos abstractos y deducciones, debe acontecer teniendo presente el fin de las normas concretas que se identifican con el bien jurídico tutelado* (Bettiol, 1977, p. 108) – cursivas añadidas–.

Establecida la importancia del bien jurídico respecto del que se lleva a cabo la desvaloración de la conducta, por la que a su vez amerita su descripción en cuanto comportamiento prohibido por la normatividad punitiva y para lo cual el órgano de criminalización se vale del tipo como instrumento, conviene observar las consecuencias que de ello se derivan en relación con el acto de legislar sobre temas penales, que, para el caso, representa uno de los aspectos tenidos en cuenta para la elaboración del presente escrito.

Con miras al desarrollo de este acápite, no solamente debe observarse como punto de partida la conceptualización que, de la conducta punible, se tiene en cuenta por parte del Código Penal a través de su artículo noveno, sino, además, lo prescrito por el artículo décimo del estatuto mencionado, en tanto integrativas estas disposiciones de la normas rectoras de la ley penal colombiana contenidas en el Título I del Libro Primero, parte general del Código, revistiendo significativa importancia la última, pues, se trata de un mandato normativo que tiene por destinatario al legislador, de orden vinculante por demás, acorde con el contenido del artículo 13 del susodicho estatuto, y que, como de todos es sabido, determina los requisitos para la creación del tipo en su condición de punto de referencia para el predicamento de la primera de las caracterizaciones que conjuntamente con la antijuridicidad, con la culpabilidad en los casos de los imputables, y con la constatación de la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad en los casos de los inimputables, categorizan la conducta en cuanto punible.

En lo atinente a la conceptualización que de la conducta punible establece el Código Penal, el artículo noveno dice lo siguiente:

Conducta Punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea *típica, antijurídica* y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea *típica, antijurídica* y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad. –Subrayas extra texto–.

Según el contenido de la disposición que acaba de transcribirse, la esencia del injusto, o, por qué no decirlo, de la punibilidad de la conducta, no es otra diferente a la lesividad o dañosidad que se genera a través de su comisión, ya se trate del sujeto activo como una persona imputable, evento este en el que se exige además de la emisión del juicio de culpabilidad, ora porque se trate de una persona inimputable, evento en el que se exige la constatación de la inexistencia de causales excluyentes de la responsabilidad, las que, para el caso, se circunscriben a las de culpabilidad, pues de presentarse una justificante cualquiera, habría un factor negativo de la antijuridicidad por el que se desearía toda posibilidad de emitir el



antedicho juicio, en el que, como se expresara, radica la esencia de la conducta punible, fuere cual fuere la condición de su autor y, por ende, el delito como una de sus modalidades.

Quiere decir, entonces, que la médula de la conducta punible es el acto típico injusto, de manera que, de conformidad con el artículo noveno del Código Penal, antes citado, hay lugar a concluir sobre la presencia de otro criterio de clasificación de la conducta punible, en atención a la condición del sujeto activo de la misma, según que se trate de una persona imputable o de una persona inimputable. Existen, pues, conductas punibles realizadas por los imputables y conductas punibles llevadas a cabo por los inimputables, cuya esencia es exactamente la misma; la lesividad que le da la connotación de punibilidad al acto.

De manera consecuente, y en estricta correlación con la conceptualización que de la conducta punible ha hecho el legislador, existe una prescripción normativa en nuestro ordenamiento penal consagrada por el artículo décimo del Código Penal, mediante la que se establecen los requisitos a tenerse en cuenta para la elaboración del punto de referencia respecto del que se predica la primera caracterización de la conducta como presupuesto de punibilidad, que, para el caso, viene a ser el tipo en relación con el cual se emite el juicio de equivalencia estructural razonablemente fundamentado y no en sentido meramente formal de la conducta, denominado juicio de tipicidad.

El texto del artículo mencionado es el siguiente:

*Tipicidad.* La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la constitución política o en la ley.

La disposición transcrita, que como anteriormente se expresara contiene una norma cuyo destinatario no es otro diferente al propio legislador, pues dice 'la ley penal definirá', tiene origen en la adscripción de nuestro sistema normativo penal al principio de legalidad o de reserva, presupuesto de toda declaración de punibilidad comportamental, que alcanza su plena dimensión por vía del denominado principio de tipicidad, sin cuya satisfacción no hay delito al tenor de lo afirmado por el jurista alemán Ernst von Beling en los albores del siglo pasado.

Y es que, en realidad, el principio de tipicidad en sentido estricto, efectivamente, posibilita la función del de legalidad de una forma concreta, al delimitar de manera precisa tanto la naturaleza esencial de la conducta a prohibirse, como el objeto de protección que se pretende mediante su descripción en cuanto tal, es decir, en cuanto conducta prohibida.

Piénsese en el siguiente ejemplo, a título meramente hipotético: supongamos que en el Código Penal existiese, para proteger la vida independiente, un solo artículo que dijera de manera general y sin connotación específica de ninguna índole: el que matare a otro incurrirá en pena de 30 años de prisión. Todo homicidio que ocurriese, fuere cual fuere su motivación, por piedad, por conexidad ideológica en

tanto la finalidad fuere la de preparar, facilitar, o consumir otra conducta punible, con circunstancias de indefensión o inferioridad predispuestas o aprovechadas, con sevicia, etc., o simplemente sin ninguno de los motivos o circunstancias anteriores, generaría una pena de 30 años de prisión. Ni más ni menos. Nadie podría negar que al imponerse la pena única establecida, 30 años, habida cuenta de la realización del enunciado normativo, o lo que es lo mismo del supuesto consagrado por la norma, se estaría cumpliendo con el mencionado principio de legalidad. Sin embargo, se estaría en frente de una incoherencia a todas luces inaceptable, flagrantemente violatoria de la proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la conducta y la resultante jurídica traducida en la sanción, en la medida en que se estarían equiparando las diversas hipótesis de comisión del homicidio, de espaldas, no solo a las diferentes motivaciones, sino también a las distintas circunstancias de comisión de la figura, todas ellas constitutivas de las razones por las que unas son más graves que otras, en ostensible detrimento de la justicia.

Todo lo contrario sucede con la tipicidad como presupuesto de la punibilidad, pues, en vista de que, a través del tipo se describen los comportamientos en atención a su mayor o menor gravedad, de acuerdo con los diversos factores intrínsecos y extrínsecos que lo integran, especificándose en cada caso el principio genérico de legalidad, se logra en la medida de lo humanamente justo, o por lo menos es lo que se pretende, la relación de proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la conducta y la sanción correspondiente, originada en lo que en épocas pretéritas se manifestara mediante la expresión 'ojo por ojo y diente por diente', representativa, quien lo creyera, de uno de los grandes avances que se han dado en la historia de la civilización y de la humanidad. El principio de proporcionalidad.

Relacionando lo que viene de anotarse con la parte especial de los códigos penales, bien puede concluirse que el principio de legalidad comporta su fundamento remoto, mientras que el principio de tipicidad, producto de la elaboración de aquel, representa su fundamento inmediato. No hay delito sin tipicidad, pero tampoco hay tipicidad sin principio de legalidad.

Debe tenerse en cuenta que la prescripción contenida en el artículo décimo del que se ha venido haciendo mención, consagrador de lo que también se ha llamado 'principio de determinación de la conducta punible', atañe, tal como se infiere del texto al hacer esta alusión a 'las características básicas estructurales del tipo penal', no únicamente a la descripción episódica, a los sujetos activo y pasivo y al objeto material, sino, lo que es fundamental, al interés que mediante el tipo se pretende tutelar, como criterio de referencia en punto al cual es predicable la lesividad real o potencial de la conducta típica, vale decir, la antijuridicidad desde el punto de vista de su concepción en sentido material, determinándose así, de paso, el objeto jurídico del tipo, sin cuya satisfacción se imposibilita el juicio de tipicidad, pues, como se ha venido reiterando, el susodicho objeto es integrativo de la estructura típica.

Lo anterior implica, pues, que el legislador, al momento de la creación de los tipos penales, deba precisar con suma cautela el bien jurídico para cuya protección tipifica la conducta en cada caso, observando, además, su afectabilidad y teniendo

siempre presente que su ubicación dentro del plexo normativo guarde estricta coherencia con el título correspondiente, so pena que, de no ser así, o bien se presente equívocidad en torno al objeto jurídico, en contravía del mandato del artículo décimo del Código Penal, o bien, incluso, se llegue al extremo de la sin razón de ser del tipo respecto del objeto de protección, careciendo así de dicho elemento estructural.

Así, por ejemplo, cuando en nuestro Código Penal se han criminalizado conductas dentro del título de los delitos sexuales por vía de tipos consagrados en artículos adicionales, producto de una ostensible improvisación con fundamentos de orden coyuntural, en los que quedan comprendidos sujetos pasivos que, no obstante ser menores de 18 años, lo cierto es que en cuanto sean mayores de 14 tienen plena disponibilidad de su cuerpo en materia sexual, no se explica razonablemente el objeto jurídico de dichos tipos, máxime cuando este se pretende establecer de cara a intereses que, por ser de carácter subjetivo y, por ende, difusos, no admiten un juicio objetivo de lesividad, como ocurre con la denominada integridad sexual. Mediante esta forma de legislar, se hace del ordenamiento penal, antes que un medio de protección de aquello que es imprescindible para la convivencia, un instrumento de moralización para la comunidad, lo que, por obvias razones, no se compadece con la naturaleza del ordenamiento punitivo. Me refiero a los artículos 217 A y 219 A, del Código Penal, disposiciones que a la letra dicen respectivamente:

Artículo 217 A. Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad. El que directamente o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este sólo hecho, en pena de prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años.

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

La pena se agravará de una tercera parte a la mitad:

1. Si la conducta se ejecuta por un turista o viajero nacional o extranjero.
2. Si la conducta constituyere matrimonio o convivencia, servil o forzado.
3. Si la conducta es cometida por un miembro de un grupo armado organizado al margen de la ley.
4. Si la conducta se comete sobre persona menor de catorce (14) años de edad.
5. El responsable sea integrante de la familia de la víctima.

Artículo 219-A. Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años. El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y siete (67) a (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad ( $1/2$ ) cuando las conductas se realizaren con menores de catorce (14) años.

Y qué decir de la figura del denominado soborno transnacional, ubicada en el título de los delitos contra la administración pública, a través del artículo 433 del Código Penal, que a texto expresa:

Artículo 433. Soborno transnacional. (Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011). El nacional o quien con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo, *ofrezca a un servidor público de otro Estado*, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que éste realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión” – cursivas añadidas–.

Basta leer la descripción típica transcrita para concluir que carece de objeto jurídico, en tanto concebido este como la relación que de protección existe entre el tipo y el bien jurídico, pues las figuras que están ubicadas dentro del título de los delitos contra la administración pública, tienen su razón de ser en tanto lesivas de la administración pública de Colombia como interés penalmente tutelado, y no la de la de ningún otro Estado.

Preocupa, también, como al principio del presente escrito se advirtiera, la forma de aplicación actual de la legislación penal, particularmente en lo que corresponde a la manera como se llevan a cabo por parte de quienes administran justicia, con algunas excepciones, los procesos de adecuabilidad típica en que se fundamentan y concretan las imputaciones, en ocasiones de espaldas a las motivaciones y, en algunas oportunidades, con absoluta prescindencia de toda consideración reflexiva acerca del fundamento y teleología de los diferentes tipos penales, por lo que se producen predicamentos de tipicidad ajenos, por no decir en veces contrarios, al objeto jurídico del tipo, propios antes que del más mínimo vestigio de objetividad, de una radical subjetividad.

Véase como hoy, en multiplicidad de casos en los que por el solo hecho de que varias personas intervengan en la comisión de una pluralidad de delitos, de buenas a primeras se hace la imputación de un concierto, sin el más mínimo análisis acerca de la estructura propia de la figura, de la que, por todo lo dicho en estas líneas, hace parte del objeto jurídico, desnaturalizándose así el tipo, con todas las consecuencias que de ello se derivan, incurriéndose incluso en una petición de principio, al darse por probado lo que apenas si se pretende probar. Sin embargo, nadie dice absolutamente nada. El silencio es total.

No resulta tampoco admisible el abuso que viene dándose del dolo respecto de un resultado eventual, comúnmente conocido como ‘dolo eventual’, denominación de la que no participo, pues lo eventual es el resultado y no el dolo, en aquellos casos en que se realizan actividades tales como la conducción vehicular en estado de embriaguez. Sin que sea esta la oportunidad de profundizar sobre el particular (teorías de la representación, de la probabilidad, etc.), lo cierto es que, para diferenciar dicha forma conductual, de la culpa consciente o con representación, no puede dejarse de lado la motivación comportamental.

En efecto, en la clase de dolo mencionada, la motivación para actuar radica en la indiferencia de parte del sujeto activo en torno al resultado previsto, cosa totalmente diferente a lo que ocurre con la culpa consciente, en la que el agente activo obra motivado por su convicción de que el resultado lesivo, que de hecho ha previsto, podrá evitarse, o lo que es lo mismo, que no ocurrirá. Basta con observar la

obstinación con que una persona embriagada se niega a entregar las llaves de su vehículo cuando se lo solicitan; lo primero que arguye es que nada ocurrirá, que está en capacidad de conducir y demás.

Así las cosas, la naturaleza de las dos modalidades de conducta anotadas es esencialmente diferente en atención a la motivación de cada una, por lo que pregonar de comportamientos que se compadecen con la clase de culpa referida su condición de dolosos, es representativo, aparte de un despropósito, de una clara e inaceptable injusticia como expresión de una violación del principio de tipicidad, puesto que el dolo y la culpa hacen parte del tipo. En los términos que vienen de exponerse doy por concluido el trabajo sobre el cual versa mi exposición para la posesión como miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

## Referencias

- Bernal, J. (1965). *Delitos contra la Administración Pública y Asociación para Delinquir*. Bogotá: Temis.
- Bettioli, G. (1977). *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona: Bosch.
- Blasco, F. (1970). Notas en torno a la esencia de lo antijurídico y, en especial, de lo penalmente tipificado, en *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. En Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa* (p. 365-383). Buenos Aires: Pannedille.
- Folchi, O. (1960). *La importancia de la Tipicidad en el Derecho Penal*. Buenos Aires: R. Depalma.
- Gaceta Judicial. Tomo LXXIII. Auto 10 de diciembre de 1952.
- Gaceta Judicial. Tomo LXXVII. 1954. Imprenta Nacional.
- Gaviria, E. (2004). *Apuntes Sobre el Derecho de las Sociedades*. Medellín: Señal Editora.
- Pérez, L. C. (1984). *Tratado de Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- Reyes, A. (1976). *La Tipicidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

**IV**

**Jurisprudencia**



## LA CONGRUENCIA EN EL SISTEMA ACUSATORIO

*Carlos Roberto Solórzano Garavito*

### **Apartes de la sentencia**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado Ponente

SP6808-2016

Radicación N° 43837

Aprobado acta No. 160

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

### **V I S T O S**

Se profiere fallo de casación en el proceso seguido contra (...) por el delito de *Actos sexuales abusivos con menor de 14 años*, en virtud de la demanda instaurada por su defensor en contra de la sentencia condenatoria proferida, en segunda instancia, por el Tribunal Superior de Cúcuta el 13 de marzo de 2014. [...]

### **C O N S I D E R A C I O N E S**

La Sala determinará si la sentencia condenatoria proferida en contra de HJ, se emitió en un proceso viciado de nulidad, tal y como lo asegura el demandante fundado en la causal de casación prevista en el numeral 2 del artículo 181 del C.P.P./2004. La vulneración al debido proceso que se denuncia habría consistido en que, no obstante la Fiscalía solicitó la absolución del procesado en sus alegatos finales, el Tribunal Superior de Cúcuta, al desatar la apelación interpuesta por el apoderado de la víctima, revocó el fallo de primera instancia y decidió condenar. Por ese camino, se habría desconocido la previsión normativa del artículo 448 *ibidem*, la naturaleza acusatoria de nuestro sistema procesal y la línea jurisprudencial que al respecto ha sostenido esta Corporación.

En ese contexto, el problema jurídico a resolverse en sede de casación es el siguiente: *¿En un proceso penal regulado por la Ley 906 de 2004, el juez, sea en primera o en segunda instancia, puede condenar al procesado cuando la Fiscalía ha solicitado su absolución?* Ante tal interrogante, el recurrente, obviamente, propugna una respuesta negativa a partir de razones sistémicas procesales y de congruencia del fallo. Mientras que,

---

\* Profesor de Derecho Procesal Penal de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.



los delegados de la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio Público consideran que tal opción no se aviene con la interpretación constitucional de los derechos de las víctimas, especialmente el de impugnar la sentencia absolutoria, y con el ámbito legal de competencia de los jueces en segunda instancia.

La dialéctica propuesta implica el abordaje insoslayable de los siguientes temas: la línea jurisprudencial que en punto a las consecuencias de la petición de absolución por parte de la Fiscalía ha trazado la Sala, las características del sistema procesal adoptado por el Acto Legislativo No 003 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, las implicaciones de la titularidad de la acción penal, el rol de la Fiscalía y de los jueces en la terminación anticipada del proceso, el derecho de las víctimas a la impugnación de la sentencia absolutoria, el ámbito material de la competencia de los jueces en segunda instancia, y, por último, el principio de congruencia y la interpretación del artículo 448 del C.P.P./2004.

## 1. Línea jurisprudencial

I. Desde los mismos albores de la vigencia de la Ley 906 de 2004 y hasta época reciente, de manera reiterada, la Sala ha sostenido que la solicitud de absolución elevada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación durante los alegatos finales del juicio oral, equivale a un "*retiro de los cargos*"<sup>1</sup>, por lo que en tal hipótesis al juez de conocimiento no le queda otro camino que el de emitir un fallo absolutorio. Tal conclusión se refrendaría con la previsión del artículo 448 *ibidem* acerca del principio de congruencia, según el cual no se puede condenar al acusado por un delito respecto del cual no se haya solicitado tal decisión. Las principales razones que se han esbozado en los distintos pronunciamientos como sustento de esa tesis son las siguientes:

En la sentencia del 13 de julio de 2006, radicado 15843, se manifestó que la Fiscalía era la titular de la acción penal, que el prementado artículo 448 prohibía la condena por delitos que hubiesen sido objeto de pedimento absolutorio y, por último, que la congruencia se establece ahora sobre el trípode acusación-petición de condena-sentencia. En efecto, en aquella ocasión, al precisar la diferencia en las consecuencias que produce una petición absolutoria del órgano acusador, entre el régimen procesal actual y los anteriores, se concluyó que:

En cambio, en aplicación de la ley 906/04 cuando el fiscal abandona su rol de acusador para demandar absolución sí puede entenderse tal actitud como un verdadero retiro de los cargos, como que al fin y al cabo es el titular de la acción penal, siendo ello tan cierto que el juez en ningún caso puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal (independientemente de lo que el Ministerio Público y el defensor soliciten), tal como paladinamente lo señala el art. 448 de la ley 906 al establecer que (entre otro caso) la congruencia se establece sobre el trípode acusación –petición de condena- sentencia.

Así, una gran diferencia se encuentra en este campo respecto de la ley 600 y el Decreto 2700 en la medida en que –en contra de lo que ocurre en la ley 906– un juez de conocimiento puede condenar a un acusado aun mediando petición expresa de absolución por parte del fiscal, ministerio Público, sindicado y defensor.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Esa misma expresión se utiliza, entre otras providencias, en las sentencias del 13 de julio de 2006, Rad. 15843; y del 27 de octubre de 2008, Rad. 26099, así como también en el auto del 11 de septiembre de 2013, Rad. 43837.

<sup>2</sup> El orden de los pies de página no coincide con los de las providencias originales porque se transcriben apartes de las decisiones objeto del comentario. Nota del Editor.

<sup>2</sup> Idénticas consideraciones se reprodujeron en sendas sentencias proferidas en 2008: la del 13 de abril, Rad. 27413; la del 8 de octubre, Rad. 28361; y la del 27 de octubre, Rad. 26099. Así mismo, en la emitida el 3 de junio de 2009, Rad. 28649.

Luego, en decisión del 22 de mayo de 2008, radicado 28124, que retomó los fundamentos de una del 13 de abril de esa misma anualidad<sup>3</sup>, se sentaron las siguientes premisas: primera, la acusación no es una decisión judicial sino una pretensión, de tal manera que al formularla la Fiscalía no renuncia a la potestad de retirar los cargos “*pues es dueño de la posibilidad de impulsarla o no*”; y, segunda, el juez está impedido para actuar de oficio porque es un sistema de partes.

(...), lo concerniente a la congruencia como es regulada en la Ley 906 de 2004, en cuanto en el sistema acusatorio si el Fiscal retira los cargos el Juez no puede emitir sentencia condenatoria, en la Sentencia del 13 de abril de 2008 (radicación 27413), la Sala de Casación Penal señaló:

(...)

*En el sistema regulado por la Ley 906, la fiscalía es la titular de la acción penal durante todo el proceso, de tal forma que al formular la acusación no renuncia a la potestad de retirar los cargos formulados, pues es dueño de la posibilidad de impulsarla o no. La acusación, no es una decisión judicial, sino su pretensión. El Juez está impedido para actuar de oficio porque se está ante un sistema de partes.*<sup>4</sup>

Por su parte, en providencia del 29 de julio de 2008, radicado 28961, se consideró que la capacidad dispositiva de la Fiscalía sobre la acción penal es limitada y se encuentra mediada por el control judicial, “(por contraposición al sistema Norteamericano, donde el funcionario cuenta con amplias prerrogativas para determinar cuándo y cómo hace decaer la pretensión punitiva)”; sin embargo, se admitió que existía una situación en que tal discrecionalidad puede operar de manera autónoma y con efectos absolutos, cual es la contemplada en el artículo 448 de la Ley 906/2004.

Es importante anotar que en la decisión referenciada se advirtió que la disposición normativa excepcional es lejana al contexto del sistema acusatorio colombiano, pues la regla general es la inexistencia de una potestad dispositiva de la acción penal, por lo que en punto a la cesación del ejercicio de la misma, la Fiscalía sólo cuenta con facultades de postulación. Tal contexto de la persecución penal vendría demarcado por el principio de legalidad y de intervención judicial.

Esta norma, debe resaltarse, se muestra aislada dentro del contexto de lo que se decanta en el sistema acusatorio colombiano en torno de las facultades del fiscal, pues, se repite, bajo el imperio del principio de legalidad y dentro del entorno de las muy limitadas posibilidades de disponer autónomamente de la acción penal, en la generalidad de los casos, su potestad deviene en simple posibilidad de postulación, sujeta siempre a la decisión del juez (de control de garantías, en los casos de aplicación del principio de oportunidad, y del juez de conocimiento, respecto de la solicitud de preclusión), sin que esa decisión opere solamente formal o limitada por la manifestación del fiscal.

En auto del 29 de julio de 2010, radicado 28912, se hizo énfasis en los diferentes roles asignados a la Fiscalía General de la Nación en la Ley 600 de 2000 y en la 906 de 2004. En ese marco de la discusión, se manifestó que en el primer estatuto el órgano acusador debía cumplir la actividad probatoria únicamente en la etapa de la investigación porque en la causa correspondía al juez, mientras que en la última normatividad “*el ente instructor es el que tiene la misión exclusiva de dar impulso de la acción penal y de allí el mandato contenido en el artículo 448...*”<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Rad. 27413.

<sup>4</sup> Tales asertos se reiteraron en el fallo del 23 de julio de 2014, Rad. 36772.

<sup>5</sup> “Respecto del papel que cumple la Fiscalía en los dos sistemas de procedimiento, el de la Ley 600 de 2000 y el acusatorio de la Ley 906 de 2004, esta Corporación también ha tenido oportunidad de señalar que el papel asignado a la Fiscalía General de la Nación difiere con amplitud: en la Ley 600 de 2000 la actividad probatoria debía cumplirla únicamente en la etapa de la investigación, porque en la causa estaba a cargo del juez, mientras

En 2012, en auto del 21 de marzo proferido en el proceso radicado con el número 38256, se aseguró que la Fiscalía era “dueña de la acusación”<sup>6</sup> y que este acto procesal –de parte– estaba conformado no solo por el pliego y por su respectiva formulación oral, sino también por el alegato final en el juicio, por lo que la habilitación al juez para condenar surgía desde la solicitud que en tal sentido elevara el órgano acusador. Así pues, si a pesar de una petición de absolución originada en dicho ente, el juez decide condenar, lo que hace es asumir, por su propia voluntad, la función de titular de la acción penal.

En estricto sentido, cuando el juez condena por un delito no contemplado en la acusación o respecto del cual la Fiscalía no pidió ese tipo de decisión, lo que hace es asumir oficiosamente una nueva acusación, “*pues en últimas tan obligado está el funcionario judicial para absolver por el delito acusado, en los casos en que la fiscalía renuncia a la acusación, como lo está para condenar o absolver solamente por los hechos y la denominación jurídica que han sido objeto de acusación y no por otras*” (sentencia del 3 de junio de 2009, radicado 28.649).

Si se ha dicho que la acusación de la Fiscalía comporta un todo complejo entre su escrito, la formulación en audiencia y el alegato al final del juicio oral (en este caso exclusivamente en lo atinente a lo jurídico), con igual alcance se entiende que la habilitación al juzgador surge desde que la solicitud de condena a que alude el apartado final del artículo 448 se encuentre consignada (de manera expresa, eso sí), en cualquiera de esas tres fases.

Con posterioridad, en auto del 27 de febrero de 2013, radicado 40306, se dejó claro que el decaimiento de la acción penal a partir de la sola voluntad de la Fiscalía opera cuando solicita absolución en el alegato conclusivo y que ello ocurría de manera excepcional si se tenía en cuenta que “no es cierto que en la sistemática de la Ley 906 de 2004 el fiscal sea dueño incondicional de la acción penal y que pueda a su arbitrio disponer de la misma”. Ahora bien, al intentar justificar la excepción, la Sala consideró que tal opción se entendía lógica y jurídica en los casos en que aquél no logró cumplir con la promesa de acreditar la responsabilidad del acusado. En ese orden, la petición de absolución debe conducir a ello por “simple sustracción de materia, o carencia jurídica de objeto”.

Ese mismo año, el 11 de septiembre, en el proceso radicado con el número 43837 se profirió un auto en el que se esbozaron las siguientes ideas fundamentales en torno al problema jurídico que habrá de resolverse:

1. La acusación es un acto de parte, por lo que una petición de absolución proveniente de su titular equivale a un retiro de los cargos. De allí que, al juez de conocimiento no le sea permitido asumir como propia la acusación o tomar el rol de acusador oficioso.

No obstante lo anterior, lo cierto es que ningún yerro se le puede atribuir al sentenciador por haber proferido sentencia absolutoria frente a la petición en tal sentido formulada por la fiscalía, en la audiencia del juicio oral. Ello es así, porque en el proceso de tendencia acusatoria que adopta la Ley 906 de 2004 la acusación es un acto de parte. Por tanto, una petición como aquella, proveniente de su exclusivo titular, equivale a su retiro, sin que al juez de conocimiento le sea permitido, como ocurre en el sistema mixto acogido por la Ley 600 de 2000, asumirla como propia o tomar el rol de acusador oficioso, en atención a lo que estime probado en el juicio. Por tanto, ante la petición absolutoria de la fiscalía la acusación decae y es por eso que el funcionario judicial no puede más que fallar según lo pedido.

---

que en la Ley 906 de 2004, el ente instructor es el que tiene la misión exclusiva de dar impulso de la acción penal y de allí el mandato contenido en el artículo 448, según el cual “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”.

<sup>6</sup> En la providencia del 7 de diciembre de 2012, Rad. 37596; se utilizó idéntico adjetivo.

2. La posibilidad de que el juez de instancia realice una evaluación probatoria para determinar si la pretensión absolutoria de la Fiscalía carece de sustento, rompe con los principios que regulan el proceso acusatorio, en particular, con la autonomía del titular de la acción penal para retirar la acusación y con la prohibición que recae en el funcionario judicial para ejercer por sí mismo la tarea acusadora.

Significa lo anterior que al juez no le está dado, como así lo sugiere la impugnante, indagar si la prueba introducida en el juicio tiene o no la aptitud para demostrar la atipicidad de la conducta y la no responsabilidad del acusado, pues sobre el ejercicio de un acto de parte, como lo es la formulación de acusación o su retiro, no puede ejercer control alguno. En contraste, su deber es verificar si aún persiste el ejercicio de la acción por parte del acusador, y si llegare a una conclusión negativa, ya sea porque se produjo retiro de la acusación o porque su titular reclamó la absolución, su determinación debe ser lógica y racionalmente la de acoger la solicitud formulada por la fiscalía.

Por último, unos días después, el 25 de septiembre de 2013, en el proceso radicado con el No 41290, la Sala reiteró su posición agregando que la misma era una derivación necesaria del principio de congruencia, conforme a lo establecido en el plurimentado artículo 448 adjetivo: *“Esa doble connotación del principio de congruencia implica, de un lado, que la Fiscalía conserva una cierta potestad para incidir de forma autónoma en las resultas del proceso, pues, si solicita absolución o se abstiene de pedir condena por el delito objeto de acusación o uno de ellos, invariablemente el juez debe absolver. (...)”*.

II. A pesar de la tesis jurisprudencial dominante que se acaba de exponer, una posición divergente se plasmó en la sentencia del 27 de julio de 2007, Rad. 26468, y se reprodujo en dos decisiones posteriores<sup>7</sup>. Según ésta, la acusación es indisponible por la Fiscalía, por lo que ésta no cuenta con opciones como el desistimiento o el retiro de la misma, advirtiéndose que la petición absolutoria al finalizar el juicio no equivale al ejercicio de una facultad dispositiva. Ha de advertirse en todo caso que tales aserciones constituyeron comentarios de pasada y, por ende, no fueron desarrolladas en sus fundamentos. Así se expresó en tales ocasiones:

No obstante, es muy claro que así como la Fiscalía carece de disponibilidad de la acusación, en el entendido de que le sea dable desistir de la misma o retirarla -pues solicitar la absolución está dentro de sus facultades y deberes pero configura un supuesto evidentemente distinto-, encuentra la Corte que nada de ello se opone a que bien pueda solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación -siempre, claro está, de menor entidad-, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando -en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores- la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además, que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes.

III. Dejando a un lado, por el momento, los comentarios insulares referidos y de vuelta a la posición predominante de la Sala desde 2006, puede advertirse que el análisis realizado en las plurales decisiones que se destacaron giró alrededor de la interpretación del artículo 448 del C.P.P./2004 en el contexto de un modelo procesal acusatorio; sin embargo, en poco o en nada se dirigió la atención hacia algunas particularidades de nuestro sistema de procesamiento penal, especialmente referidas a la intervención de víctimas con derechos procesales fundamentales y a la adopción de una discrecionalidad excepcional sujeta a control judicial. La ausencia de estos referentes argumentativos indispensables ha

<sup>7</sup> Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Rad. 27518, y en el auto del 31 de marzo de 2008, Rad. 29335.

impedido que el análisis sea integral, de tal manera que la tesis planteada acarrea una serie de consecuencias problemáticas sobre las cuales no se ha reflexionado.

En efecto, si la petición de absolución elevada por la Fiscalía en los alegatos conclusivos, vincula al juez de conocimiento a una decisión exculpatoria:

a) ¿El juez podría declarar la terminación inmediata del proceso pretermitiendo la alegación de la defensa y de los intervinientes, bajo el entendido de que, indefectiblemente, esa será la suerte de la actuación? O, por el contrario, de todas maneras, debe cumplir el trámite allí previsto aunque las alegaciones posteriores carezcan de sentido y de eficacia alguna?

b) ¿Para qué se requeriría de una decisión del juez, si en ese escenario la discrecionalidad de la Fiscalía es plena o absoluta?

c) Cuál sería la naturaleza del acto mediante el cual un juez se limita a reconocer el acto de voluntad del titular de la acción penal? ¿Podría afirmarse que es una decisión judicial?, y,

d) Procedería el recurso de apelación contra ese mecanismo de absolución? ¿Cuál sería su objeto y cuál el ámbito material de decisión de la segunda instancia?

## 2. Características del proceso penal colombiano

Mediante el Acto Legislativo No 03 del 19 de diciembre de 2002, se introdujeron sendas modificaciones a los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, cuyo objetivo fue el de permitir la adopción de un sistema de enjuiciamiento penal de naturaleza acusatoria, tal y como expresamente se reconoció en el artículo 4° de la reforma. Las características fundamentales de ese nuevo modelo procesal son las siguientes:

1. Se acogió el principio de oportunidad o de discrecionalidad, según el cual la Fiscalía puede “*suspender, interrumpir o renunciar*” a la persecución penal, con los siguientes límites: es una excepción a la regla general de la legalidad, es taxativo y sometido a control judicial.

2. La Fiscalía continúa administrando justicia (art. 1° A.L. 02/2003) e integrando la rama judicial del poder público (art. 249 C. Pol.); sin embargo, se le despojó de la mayoría de facultades jurisdiccionales de injerencia en derechos fundamentales<sup>8</sup> y de la relativa a la disponibilidad de la acción penal (preclusión de la investigación). Frente a tales temas ya no tendrá poder de decisión, sólo de postulación ante el juez competente (art. 250, num. 1, 4, 5 y 6).

3. Se fortaleció la especialización de funciones y la consecuente separación de roles: la Fiscalía investiga y acusa, el juez de conocimiento juzga y decide, y otro funcionario judicial, ajeno al proceso, se encarga de controlar la intervención en los derechos y garantías fundamentales. Ello implica, obviamente, una profundización del principio acusatorio.

4. Se erigió el juicio como eje o escenario central del proceso, el cual se regirá por los siguientes principios: publicidad, oralidad, intermediación, contradicción y concentración.

5. Se admitió la intervención en el proceso penal de las víctimas en los términos que desarrollará la ley, así como de la Procuraduría General de la Nación para que continuara cumpliendo las funciones previstas en el artículo 277 superior.

<sup>8</sup> La Fiscalía conservó funciones judiciales como son: la captura excepcional, los registros, los allanamientos e interceptación de comunicaciones (Art. 250, num. 1, inc. 3°, y 2).

6. Se consagraron los principios de jerarquía y de unidad de gestión en la estructura de la fiscalía. En virtud del primero, el Fiscal General de la Nación puede asumir directamente los procesos o desplazar a los delegados que en estos intervienen, y, por el segundo, le corresponde determinar la posición y el criterio de la entidad. No obstante, se mantiene el principio de autonomía de los fiscales delegados cuando ejerzan funciones judiciales<sup>9</sup>.

7. Se admitió la posibilidad de que los particulares administraran justicia en forma transitoria como *“jurados en las causas criminales”*.

El diseño constitucional del proceso penal permite atisbar que el nuestro no es un sistema netamente adversarial, pues aquél no es un escenario de confrontación exclusiva entre dos oponentes (Fiscalía y Acusado) sino que, por el contrario, participan otros actores con facultades procesales (solicitar y aportar pruebas, impugnar decisiones, intervenir en todas las audiencias, entre otras) como son el Ministerio Público y las víctimas. Además, el rol del juez en el nuevo sistema no se corresponde con el de un “mero árbitro” ya que debe propender por la aplicación de la justicia material y por la defensa de los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes<sup>10</sup>.

Por otras razones, como que (i) la Fiscalía continúa adscrita a la rama judicial y ejerce algunas funciones de ese orden, (ii) que sus delegados conservan alguna autonomía, (iii) que se mantiene una concepción fuerte del principio de legalidad y que la disponibilidad excepcional de la acción penal siempre está sujeta a decisión judicial, entre otras; es fácil concluir que el modelo de enjuiciamiento penal aunque orientado decisivamente a uno de tendencia acusatoria, conserva algunas particularidades que no permiten atribuirle la pureza teórica de un sistema de tal índole, ni tampoco la semejanza absoluta con el implementado en otras latitudes como son el norteamericano o el continental europeo.

La anterior conclusión para nada es novedosa. Desde los albores del sistema acusatorio colombiano adoptado por el Acto Legislativo No 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, esta Corte y el mismo Tribunal Constitucional lo advirtieron y lo han reiterado de manera pacífica. Así, por ejemplo, se manifestó en el fallo de casación proferido el 29 de julio de 2008, Rad. 28961:

Para responder a los cuestionamientos del impugnante, entonces, es menester partir por significar que en Colombia, como ya ha sido pacífica y reiteradamente señalado por esta Sala y la Corte Constitucional, no se adoptó un específico sistema acusatorio que de entrada permita advertir matriculada la Ley 906 de 2004, a los presupuestos que gobiernan la forma de tabular el proceso penal en los Estados Unidos o en el continente europeo (sistemas anglosajón y continental europeo).

<sup>9</sup> Así se interpretó en la sentencia C-873 de 2003: “Para la Corte, el cargo formulado por el actor no se deduce de ningún modo del texto legal acusado, puesto que éste expresamente establece que la aplicación del principio de jerarquía al interior de la Fiscalía no puede efectuarse en forma tal que se afecte la autonomía de los Fiscales Delegados en la adopción de las decisiones judiciales que les competen”.

<sup>10</sup> Así lo advirtió en la sentencia C-591 de 2005: “Además, cabe recordar, que el nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia; ya que, por una parte, el juez no es un mero árbitro del proceso; y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima. Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima”.

Todo lo contrario, en Colombia, existe una mixtura de sistemas que torna peculiar el procedimiento de la Ley 906 de 2004, aunque, desde luego, conserva el norte y principios básicos que permiten advertir su adscripción a la óptica acusatoria.<sup>11</sup>

Por su parte, el Tribunal Constitucional lo aseveró con claridad desde la sentencia C-591 de 2005<sup>12</sup>, en los siguientes términos:

Es importante recordar que, en la interpretación del nuevo Código de Procedimiento Penal, se debe partir de la premisa de que la estructura del mismo adoptada mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 no corresponde exactamente a ningún modelo puro. La anterior aseveración encuentra respaldo adelantando un parangón entre los modelos acusatorios americano y continental europeo, que resalta las características propias que presenta nuestro sistema procesal penal, sistemas extranjeros que podrán ser tenidos en cuenta solo como un elemento de juicio, de apoyo o de conocimiento para la comprensión del nuevo sistema procesal penal.

Conforme a lo anterior, las características propias del sistema procesal colombiano permiten colegir que la interpretación de las normas que lo reglamentan en orden a la resolución de problemas jurídicos concretos, no puede remitirnos sin más a la que resulte más coherente con la teoría general del modelo acusatorio o con derechos procedimentales foráneos (legislado o jurisprudencial) que, como el norteamericano, sean afines al principio acusatorio. Aunque, indiscutiblemente, esos ámbitos teóricos y normativos brindan valiosos elementos conceptuales que permiten la mejor comprensión de nuestro sistema, la solución a las controversias que suscite debe responder, en primerísimo lugar, a las peculiaridades de aquél.

### 3. Titularidad de la acción penal

En un modelo procesal en el que la regla general es la legalidad, la persecución penal es un deber jurídico y no una facultad (discrecional), como bien lo enfatizó el artículo 2° del Acto Legislativo No 03 de 2002: “*La Fiscalía General de la Nación está **obligada** a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito...*”, y no solo eso sino que en la norma superior se estableció el efecto que tal naturaleza imperativa acarrea: “*No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal...*”. Ahora bien, la admisión excepcional del principio de oportunidad permite entender que en los casos taxativamente señalados por el legislador en tal virtud (art. 324 C.P.P./2004), el impulso de la acción penal es una facultad, claro está siempre reglada y sujeta a control judicial, como se verá.

Entonces, la titularidad de la persecución penal por parte de la Fiscalía General de la Nación implica que ésta es depositaria de una obligación o deber jurídico y no de una prerrogativa, facultad o potestad, salvo los pocos eventos excepcionales en que tiene cabida la oportunidad. Ello implica que siempre que se reúnan los requisitos legales para iniciar una investigación y, luego, para formular la acusación, la acción debe ejercerse hasta obtener una decisión de fondo sobre la pretensión punitiva, sin que sea desistible ni renunciable y sin que, en general, se pueda disponer de cualquier otra manera de aquélla. Cuestión diferente es la autonomía que le asiste a la Fiscalía en el cumplimiento del deber constitucional que se analiza frente a los jueces y a los demás intervinientes procesales, pues es la única titular de la función acusadora.

<sup>11</sup> La reiteración de este razonamiento puede observarse, entre otras, en el auto del 27 de febrero de 2013, Rad. 40306.

<sup>12</sup> Ya antes, en la sentencia C-873 de 2003, había afirmado: “La reforma de los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución pretende, así, instaurar un “nuevo sistema”, que abandone la tendencia mixta diseñada por el Constituyente de 1991, y adopte un perfil de tendencia acusatoria, sin que ello signifique haber adoptado un esquema acusatorio puro. (...)”

La tesis expuesta en nada contradice el principio acusatorio cuya significación esencial es que la acusación es prerequisite del juicio y que su formulación está a cargo de un funcionario diferente al que juzga, garantizándose así en este último mayor neutralidad frente a los hechos. En nuestro caso, se acentuó dicho principio con las siguientes implicaciones: (i) el aumento del nivel de especialización en las funciones de investigación y de acusación a cargo de la Fiscalía General de la Nación; (ii) la introducción de los principios de unidad de gestión y de jerarquía al interior del órgano acusador<sup>13</sup>; (iii) la mayor imparcialidad del juez de conocimiento que sólo conoce los hechos a partir de la acusación y sólo decide con base en las pruebas del juicio; (iv) la variación de la naturaleza de la acusación: de decisión judicial<sup>14</sup> pasó a ser la pretensión de la Fiscalía<sup>15</sup>; y, por último, (iv) se afianzó su carácter como presupuesto del inicio del juicio oral<sup>16</sup> y la inmutabilidad del sustrato fáctico como garantía de congruencia<sup>17</sup>.

Como puede observarse, la adscripción al órgano acusador de facultades dispositivas de la acción penal o la extensión de las mismas, no depende de la adopción ni de la profundización del principio acusatorio. Tales facultades resultan de la aplicación del principio de oportunidad y de la medida en que a éste se le dé cabida en el procedimiento penal como contrapeso al tradicional de legalidad. En otras palabras, la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal no es consustancial a los procesos acusatorios, aunque no puede negarse el auge que en estos últimos ha adquirido.

En el modelo procesal colombiano, es cierto, se cobijó por vez primera la oportunidad; sin embargo, sujeta a 3 criterios delimitadores: es excepcional, es taxativa y es controlada, los cuales reducen en gran medida su ámbito de aplicación; inclusive, el someterla a una voluntad externa, la del juez, desdibuja la autonomía decisoria que lleva implícita la discreción.

### **3 (bis). Cesación del ejercicio de la acción penal a iniciativa de la fiscalía**

Como antes se manifestó, una de las grandes novedades que trajo consigo el sistema procesal instaurado originariamente por el Acto Legislativo No 03 de 2002, fue la consagración del principio de oportunidad que permitirá a la Fiscalía, por vía de excepción, suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en los eventos previstos por el legislador. En todo caso, esa facultad no es autónoma porque su ejercicio debe someterse a control de legalidad efectuado por el juez de garantías. Así pues, en la única hipótesis prevista por el constituyente de disponibilidad de la acción penal por la Fiscalía, la sujetó a tres límites: la excepcionalidad, la taxatividad y el control judicial (art. 327). Además, el legislador acortó su aplicación hasta antes que se inicie la audiencia de juzgamiento (art. 323).

<sup>13</sup> Art. 251 Const. Pol.: “Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación: (...) 3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”.

<sup>14</sup> En el Código de Procedimiento Penal de 2000, la acusación era una providencia judicial, tal y como expresamente lo disponía, entre otros, el artículo 397: “El Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán **resolución** de acusación cuando...”.

<sup>15</sup> Art. 336 C.P.P./2004: “El fiscal presentará el **escrito** de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando...”.

<sup>16</sup> Art. 250-4 Const. Pol.: “Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”.

<sup>17</sup> Art. 448 C.P.P./2004: “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación...”.



Otra de las alternativas al juicio oral que también depende en gran medida de la discreción del órgano acusador, es la negociación de la culpabilidad del procesado (arts. 348-354 C.P.P./2004). Esta consiste en un acuerdo entre la Fiscalía y el imputado (o acusado) para la conclusión abreviada del proceso, mediante el cual este último se allana a los cargos a cambio del reconocimiento de consecuencias punibles más benignas a las que correspondería al delito en aplicación estricta del principio de legalidad. Aunque el inicio y el resultado de la negociación es facultativo de la Fiscalía, su aprobación definitiva queda en manos del juez de conocimiento, quien habrá de verificar el respeto de las garantías fundamentales, tal y como lo prevé el artículo 351 *ibidem*.

En el estatuto procesal penal, pueden distinguirse otros eventos que, aunque no encajan en el ámbito de la reducida discrecionalidad dispositiva de la Fiscalía sino en el de las consecuencias del principio de legalidad, implican también la extinción anticipada de la acción penal, en la mayoría de los casos, a iniciativa de aquella: la preclusión (art. 331 y ss) y la absolución perentoria (art. 442). En tales hipótesis, puede ser la voluntad del órgano acusador la que inicialmente determine la no continuidad del ejercicio de la acción penal; sin embargo, en todos los casos, ese acto de voluntad no puede adoptar forma distinta al de una petición, por lo que el poder de decisión radica exclusivamente en el juez de conocimiento.

La preclusión opera cuando la Fiscalía considera que no existe mérito para acusar, es decir, cuando las evidencias no permitan afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe (art. 336), por una de las causales previstas en el artículo 332 del C.P.P./2004. De igual manera, es procedente su invocación en la etapa de juzgamiento cuando sobrevenga una causa legal que imposibilite la continuación del ejercicio de la acción penal o la demostración de la "inexistencia del hecho investigado", situaciones éstas en que también pueden proponer la preclusión el Ministerio Público y la defensa. En esos eventos, corresponderá al juez de conocimiento decidir si admite o no la cesación del poder punitivo del Estado con efectos de cosa juzgada (art. 250-5 C. Pol. y arts. 333-334 C.P.P./2004).

En cuanto hace a la absolución perentoria, ésta permite la terminación del proceso penal por atipicidad ostensible de los hechos por los cuales se formuló acusación, una vez finalice la práctica de las pruebas en el juicio oral y previo a los alegatos finales de las partes e intervinientes. Esa medida debe ser solicitada por el fiscal o por el defensor y decidida por el juez de conocimiento. Es ésta, entonces, la última oportunidad procesal para obtener la cesación anticipada de la persecución penal con fuerza de cosa juzgada y la misma sólo se producirá si concurre la específica causal de ausencia de responsabilidad antes mencionada, si existe el acto de postulación que sobre ella se funde y, por último, el consecuente acto de decisión judicial.

En conclusión, todas las formas de suspensión, interrupción o cesación de la persecución penal, sea que deriven del principio de oportunidad o del de legalidad, se encuentran sometidas a la decisión judicial, nunca operan por la voluntad autónoma de la Fiscalía General de la Nación. Además, es dable concluir que entre más avanzado se encuentra en el proceso, se reducen ostensiblemente las posibilidades legales de su terminación anticipada, inclusive para aquéllas que sean promovidas por el titular de la acción penal. Recuérdese, por ejemplo, que la aplicación de la discrecionalidad procede hasta antes de iniciarse el juicio oral y la absolución perentoria en el momento previo a las alegaciones de cierre y sólo por ostensible atipicidad objetiva.

#### 4. Control judicial de la cesación de la persecución penal

El poder de decisión en relación al objeto del proceso penal (los hechos investigados y sus consecuencias jurídicas) y a su continuidad corresponde exclusivamente a los jueces. Esa es la consecuencia del acogimiento del principio de legalidad como regla general y del control judicial establecido para todas las formas de terminación anticipada del proceso penal, temas éstos a los que ya nos hemos referido. Pero también, la tesis que se acaba de manifestar es el resultado de la naturaleza de las providencias que emite el funcionario judicial en el actual régimen procesal que, salvo las órdenes que se limitan a disponer trámites, resuelven siempre aspectos sustanciales.

En efecto, las sentencias deciden sobre el objeto del proceso y los autos las demás cuestiones que resulten esenciales al mismo, según lo dispone literalmente el artículo 161 del C.P.P./2004, lo cual se refrenda en la exigencia que hace la norma siguiente en su numeral 5º, en cuanto a que el contenido de tales providencias necesariamente debe abarcar la *“decisión adoptada”*. Así las cosas, no puede catalogarse como auto ni como sentencia un acto de voluntad del funcionario judicial que no decida, con autonomía e independencia, un aspecto sustancial del proceso. Es más, en tratándose de sentencias sólo se tendrán por tales las que resuelvan el objeto del proceso con la debida fundamentación fáctica, probatoria y jurídica, y, en todo caso, el sentido de la decisión sólo puede depender de que exista o no la convicción más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, tal y como lo ordenan los artículos 7, inc. 2º, y 381 *ibídem*.

Es claro, entonces, que frente a la sentencia que debe producirse luego de surtido el juicio oral, el poder de decisión siempre reposa en el juez de conocimiento y que, en consecuencia, en el delegado de la Fiscalía radica sólo un poder de postulación que se ejerce desde la misma presentación de la acusación y culmina con las alegaciones posteriores al debate probatorio en la etapa de juzgamiento. Esa conclusión es tan cierta que el mismo estatuto procesal, en los artículos 446 y 448, define la intervención de las partes en los alegatos de conclusión como meras solicitudes; en especial, la primera de tales normas delimita la naturaleza del acto del juez y el del fiscal al prever que: *“La decisión será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales. (...)”*. (Negritas fuera del texto original).

Así las cosas, si la voluntad manifestada por la Fiscalía en los alegatos conclusivos es que se absuelva al acusado y la misma necesariamente ata al juez a una decisión en tal sentido, en primer lugar, aquélla no sería un simple acto de postulación sino una decisión y, en segundo lugar, el *“fallo”* absolutorio consecuente no constituiría una verdadera providencia judicial sino un acto de refrendación de la discrecionalidad de la parte acusadora. Una providencia que no contiene una decisión del funcionario judicial sobre el objeto del proceso, sino que se limita a reconocer o refrendar la voluntad del órgano acusador en cuanto a no proseguir con el ejercicio de la acción penal; jamás puede ser tenida como una sentencia porque no respeta ni la naturaleza ni los requisitos de este acto procesal. Es más, ni siquiera constituye un auto porque, como se anotó, no contendría una resolución autónoma e independiente.

#### 5. Derecho de las víctimas a la impugnación de la sentencia absolutoria

El Acto Legislativo No 03 de 2002 concibió a las víctimas, de una parte, como sujetos merecedores de medidas de asistencia, de protección, de restablecimiento del derecho y de reparación integral, y, de la otra, como intervinientes procesales, según se desprende

de las previsiones del artículo 2 de la reforma en sus numerales 6 y 7. En desarrollo de ese mandato, la Ley 906 de 2004 delineó en el artículo 11 algunos rasgos de la participación de las víctimas en el proceso penal tendientes a garantizar su acceso efectivo a la administración de justicia, entre los cuales se destacan una serie de prerrogativas en su favor, tales como son el derecho a la verdad, a la reparación, a la asistencia letrada, a ser oída y, especialmente para nuestro caso, el de interponer recursos contra la decisión definitiva relativa a la persecución penal.

Sin embargo, ha sido la jurisprudencia constitucional la que mayor desarrollo imprimió a los ya tradicionales derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación, especialmente en la sentencia C-209 de 2007; por cuanto, ésta ensanchó las posibilidades de intervención de la víctima en el proceso penal, para que también pudiera: solicitar pruebas anticipadas; solicitar la exhibición de un específico elemento material probatorio o evidencia física; hacer observaciones sobre el descubrimiento probatorio; solicitar la exclusión, rechazo o inadmisión de una prueba; solicitar el decreto de medidas de aseguramiento; impugnar la decisión sobre la aplicación del principio de oportunidad; controvertir la solicitud de preclusión; elevar observaciones al escrito de acusación; y manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusación o nulidades.

Específicamente, en lo que respecta al derecho de impugnación de la sentencia absolutoria y, en general, de cualquier decisión definitiva sobre la persecución penal, a más de su consagración expresa en el literal g) del artículo 11 del C.P.P./2004, la Corte Constitucional ha manifestado que excluir esa posibilidad implica violación de la garantía a la doble instancia, al acceso efectivo a la administración de justicia y, en general, a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de la víctima. En concreto, al declarar exequible la expresión “absolutoria” contenida en los artículos 176, inciso 3°, y 177, numeral 1°, *ibídem*, aseveró en la sentencia C-047 de 2006:

(...) si bien la impugnación de la sentencia condenatoria es un derecho consagrado expresamente a favor del sindicado en la Constitución y en diversos instrumentos internacionales, no es menos cierto que la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria es expresión de derechos de similar entidad de las víctimas y materialización del deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo. (...)

En tales condiciones, la Corte llega a la conclusión de que, no solo no es violatorio del *non bis in idem*, establecer la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria, sino que, por el contrario, excluir esa posibilidad podría resultar problemático desde la perspectiva de la garantía constitucional de la doble instancia, el derecho de acceso a la administración de justicia, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (CP art. 2°).

Y, en lo que respecta a la posibilidad de impugnación de la decisión judicial que se adopte en relación a la aplicación del principio de oportunidad, la prementada sentencia C-209 de 2007 concluyó que:

(...) Dada la trascendencia que tiene la aplicación del principio de oportunidad en los derechos de las víctimas del delito, impedir que éstas puedan impugnar la renuncia del Estado a la persecución penal, sí deja desprotegidos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Si bien la satisfacción de los derechos de la víctima no sólo se logra a través de una condena, la efectividad de esos derechos sí depende de que la víctima tenga la oportunidad de impugnar las decisiones fundamentales que afectan sus derechos. Por lo tanto, impedir la impugnación de la decisión del juez de garantías en este evento resulta incompatible con la Constitución.

Siendo, entonces, que la posibilidad de impugnación de la sentencia absolutoria y de cualquier otra decisión que ponga fin a la persecución penal, es un derecho que tienen las víctimas por mandato expreso del legislador y de conformidad con la interpretación constitucional amplia que del mismo se ha realizado; el mismo no puede ser matizado, morigerado o de cualquier forma limitado por pretendidas razones sistemáticas. Por ende, constituiría una burla a ese derecho así como a los subyacentes a la verdad, a la justicia y a la reparación, el hecho que, de una parte, se sostenga su carácter de fundamental y, de la otra, se admita que el proceso puede finalizar mediante una “providencia” que no constituye, en verdad, una decisión judicial, con lo cual el derecho a los recursos se torna inane.

## 6. **Ámbito material de la segunda instancia**

Según los artículos 20, 176 y 177 del C.P.P./2004, las sentencias –condenatorias o absolutorias– y los autos enlistados en la última de tales normas, son susceptibles del recurso de apelación, con lo cual se satisface la garantía universal de la doble instancia. En ese orden, la segunda instancia es el escenario previsto por el legislador para que el superior jerárquico revise la corrección de una decisión judicial, a partir de los concretos aspectos que fueron objeto de impugnación y de los que resulten inescindiblemente vinculados a aquéllos<sup>18</sup>. Además, el juez superior tiene facultad para decretar oficiosamente la nulidad del proceso cuando ella sea procedente por la violación de garantías fundamentales (debido proceso o derecho a la defensa). No obstante, jamás podrá agravar o desmejorar la situación del apelante único.

Conforme a lo anterior, en sede de apelación, el ámbito material de la decisión del superior no tiene límites diferentes a los del objeto de la impugnación y al imperativo de no desmejorar al recurrente único. Cualquier restricción diferente a esa competencia como sería, por ejemplo, la proveniente de una supuesta incoherencia intrasistemática, constituiría una vulneración de la garantía de un recurso judicial efectivo, específicamente en lo que hace al derecho a impugnar las decisiones trascendentales del proceso y, por ende, de la doble instancia. En lo que hace a las víctimas, sufrirían lesión, además, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

En este punto, debe advertirse que no le asiste razón a los delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público que, en su condición de no recurrentes, manifestaron que si bien el ámbito de la decisión del juez de conocimiento se veía mermado con la petición de absolución proveniente del órgano acusador, no ocurría lo mismo con la competencia del funcionario de segunda instancia cuya única limitación estaría constituida por los argumentos de inconformidad y, en todo caso, por la legalidad de la decisión. Esa disertación parte de una premisa errada según la cual los argumentos de una impugnación son de libre confección y no deben sujetarse necesariamente a la contradicción de los específicos fundamentos de la decisión. Ello es tan equivocado que una censura en esos términos puede adolecer de una indebida sustentación sancionable con la declaratoria de desierta.

Como antes se indicó, el poder de decisión del objeto del proceso corresponde al juez de conocimiento, quien en caso de proferir una condena debe ajustarse a los extremos fácticos y jurídicos de la acusación, si es que este último no varió en el alegato final de la Fiscalía. Ahora, los fundamentos de la sentencia demarcan el objeto legítimo de cualquier censura que al respecto se proponga, siendo ésta la que a su vez delimitará la competencia material del juez de segunda instancia cuya labor consistirá en confrontar la decisión

<sup>18</sup> Así lo reconocía expresamente el artículo 204 de la Ley 600 de 2000.

con la impugnación y así calificar su corrección. Entonces, si un juzgador absuelve por la exclusiva razón de que así lo solicitó el acusador, será éste el único tema sobre el cual puede versar una eventual apelación y, en consecuencia, la decisión del superior.

### 7. Principio de congruencia y el artículo 448 del C.P.P./2004

La congruencia es una garantía del derecho a la defensa porque la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre los extremos de la imputación penal, asegura que una misma persona sólo pueda ser condenada por hechos o delitos respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción. Tal garantía se manifiesta como la necesaria correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia, especialmente en aquellos sistemas procesales que han adoptado como principio rector el acusatorio. En todo caso, la congruencia implica una delimitación del objeto inmutable del proceso penal que tiene, en lo fundamental, una connotación fáctica: los hechos que habilitan la consecuencia jurídico-penal.

Los sistemas acusatorios propugnan por una congruencia esencialmente fáctica y por la libertad en la calificación jurídica<sup>19</sup>. Inclusive, así ocurre en los procesos civiles en el que los intereses son disponibles, por cuanto el juez debe fallar conforme a la norma (*iura novit curia*). Sin embargo, en un proceso penal garantista el tema adquiere otra connotación por la necesidad de salvaguardar el derecho a la defensa, especialmente cuando el juzgador decide condenar al procesado por una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación. Ante esa situación, se han enarbolado las “tesis de desvinculación” que le permitirían al juzgador, en mayor o menor medida, apartarse en la sentencia de la denominación jurídica contemplada en la acusación siempre que se haya garantizado una oportunidad previa de conocimiento y contradicción de la novedosa.

En nuestro país, el artículo 250 de la Constitución Política define el objeto del ejercicio del poder punitivo como “*los hechos que revistan las características de un delito*”. Son éstos los que determinan la extensión de la investigación y conformarán el sustrato de la acusación cuya confección está a cargo exclusivo de la Fiscalía General de la Nación. Sobre el hecho histórico fundamental, entonces, girará el debate en el juicio oral sin que exista la posibilidad de que el mismo pueda ser variado, de allí la necesidad de que sea depurado al máximo durante la audiencia de formulación de acusación, tanto a iniciativa del propio titular de la acción penal como a petición de la defensa y de los demás intervinientes. Así lo exige expresamente el artículo 448 del C.P.P./2004 cuyo tenor es el siguiente:

El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. Esa disposición normativa ha sido interpretada por la Corte en los siguientes términos:

Esa norma, como de antaño lo ha sostenido la Corte, alude a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación, la intervención del delegado de la Fiscalía durante la etapa del juicio y la sentencia; conformidad que,

<sup>19</sup> “Esta posición de subordinación exclusiva al hecho controvertido y absoluta libertad en cuanto a la calificación, tiene su asiento en el principio acusatorio.” (p. 154). “Como dejamos sentado en la parte introductoria de este análisis, el tributo al principio acusatorio obliga al Tribunal a respetar solamente el hecho imputado y tiene libertad para calificar por el delito que considere adecuado e imponer la pena que estime le corresponda. Esta libertad se deriva del carácter no disponible de la norma sustantiva penal, que hace que el Tribunal no deba depender preceptivamente del criterio de calificación del fiscal y tenga la libertad para apreciar la norma de derecho aplicable” (pp. 159-160). MENDOZA DÍAZ, Juan, “La correlación entre la acusación y la sentencia. Una visión americana”, en Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla.

referida al debido proceso y a la garantía de defensa, se ajusta al principio de congruencia e implica que los jueces no pueden desconocer la acusación, dictando otra oficiosamente, pues se trata de un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas, e impone la necesidad de hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad.

(...)

Con todo, la Corte ha admitido la posibilidad de que el Juez profiera sentencia por conductas punibles diversas a las contenidas en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes.

En una reciente decisión acerca del tema (CSJ AP, 24 sep. 2014, Rad. 44458), reiteró la Sala que cuando de manera excepcional el juez pretendiera apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, era necesario que respetara los hechos, se tratara de un delito del mismo género y que el cambio de calificación se orientara hacia una conducta punible de menor o igual entidad.<sup>20</sup>

Conforme a lo anterior, la interpretación del artículo 448 del C.P.P./2004 permite entender: (i) que agotado el debate probatorio, la Fiscalía puede, al igual que los demás intervinientes, elevar solicitud de absolución o de condena. Si opta por la última, es claro que podrá proponer una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación, ajustándose a las condiciones ya reseñadas; y (ii) que el juez de conocimiento oficiosamente puede desvincularse de la calificación típica realizada por la Fiscalía, atendiendo los mismos requisitos. Adicionalmente, como se mostró en el apartado inicial de estas consideraciones, la Sala también ha establecido, en la mayoría de ocasiones, que una consecuencia necesaria del principio de congruencia es que la petición de absolución de la Fiscalía inexorablemente debe conducir a una sentencia en igual sentido.

Sin embargo, es claro que el pluricitado artículo 448 consagra estrictamente la necesaria congruencia que debe existir entre la sentencia condenatoria y el acto de la acusación que, como se vio, en lo jurídico puede sufrir modificación en beneficio del acusado. De esa manera, se asegura que la defensa no sea sorprendida en la sentencia con una calificación jurídica respecto de la cual no haya tenido oportunidad efectiva de controversia, salvo cuando la variación favorezca los intereses del procesado porque en ese evento aunque, en estricto sentido, se le condena por un delito que no fue el controvertido, se justifica la excepción por el efecto benéfico que produce respecto de la adecuación típica inicialmente formulada en la acusación.

En ese orden, la previsión normativa bajo análisis, contempla una garantía a favor de la defensa que, a la vez, es límite de la intervención de la Fiscalía y de los demás intervinientes en el juicio y de la eventual decisión de condena que adopte el juez de conocimiento. En ningún momento, prevé una hipótesis de facultad discrecional de la Fiscalía en el ejercicio de la acción penal, como lo sería la inconstitucional de retiro de la acusación. Así pues, ni la literalidad del artículo 448 procesal ni ninguna de sus interpretaciones lógicas posibles, puede llevar a concluir que el mismo supuesto de hecho consagre un límite a la persecución penal y, al tiempo, una potestad dispositiva incontrolada del órgano acusador. Tampoco esta conclusión puede derivar de una interpretación sistemática, pues, como se vio, en el proceso penal colombiano la regla general es el principio de legalidad morigerado por una

---

<sup>20</sup> Fallo de casación del 15 de octubre de 2004, Rad. 41253.

excepcionalísima discrecionalidad y la decisión judicial como prerrequisito de cualquier forma de cesación del ejercicio de la acción penal.

## 8. Conclusión

Se varía, entonces, la jurisprudencia anterior para que, en adelante, se entienda que la petición de absolución elevada por la Fiscalía durante las alegaciones finales es un acto de postulación que, al igual que la planteada por la defensa y demás intervinientes, puede ser acogida o desechada por el juez de conocimiento, quien decidirá exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral<sup>21</sup>. Así, la sentencia, al constituir una verdadera decisión judicial, sea condenatoria o absolutoria, siempre será susceptible de recurso de apelación por la parte o el interviniente que le asista interés. A su vez, el juez de segunda instancia revisará la corrección del fallo a partir de los puntos de impugnación que se le propongan o los que resulten inescindiblemente vinculados, sin que, en todo caso, su resolución pueda agravar la situación del apelante único.

Las razones de la tesis interpretativa expuesta se pueden sintetizar así:

a) La reforma introducida por el Acto Legislativo No 03 de 2002 y desarrollada por la Ley 906 de 2004, profundizó la orientación del proceso penal hacia un modelo acusatorio; sin embargo, presenta características propias que lo diferencian de sistemas de enjuiciamiento similares acogidos en otras latitudes. Por tanto, es equivocado, por la vía de la interpretación de las reglas legales, proceder a importar instituciones, como por ejemplo la del “retiro de la acusación”, por el solo hecho de que provengan de legislaciones procesales encasilladas como acusatorias.

b) Una de tales peculiaridades es que la titularidad de la acción penal en Colombia implica que el ejercicio de ésta es un deber constitucional (principio de legalidad) y no una facultad discrecional; por tanto, a la Fiscalía le está vedado suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, salvo cuando sea procedente el principio de oportunidad cuya aplicación, valga recalcar, es bastante reducida por la triple limitación a que se encuentra sometida: es excepcional, es taxativa y sujeta a control judicial.

c) Todos los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, tanto los que provienen de alguna forma de discrecionalidad de la Fiscalía (oportunidad en sentido estricto y la negociación de culpabilidad), como las que son consecuencia del principio de legalidad (preclusión y absolución perentoria); deben someterse a la decisión de los jueces, quienes podrán aprobarlos y dictar la providencia que ponga fin al proceso o simplemente negarlos cuando no reúnan los requisitos legales que sean exigibles.

d) Una sentencia que “decida” absolver al acusado porque la Fiscalía así lo “solicita”, con exclusión del ejercicio de valoración -autónoma e independiente- de las pruebas válidamente incorporadas; no constituye una verdadera decisión judicial sino la mera refrendación de la voluntad del acusador. Esta última tampoco puede ser catalogada como una petición sino como un verdadero acto de disposición de la acción penal. Así, la equiparación entre la petición de absolución y el retiro de la acusación viola el principio lógico de identidad, tal y como ya lo había dejado entrever la sentencia del 27 de julio de 2007, Rad. 26468, al inicio citado.

e) La garantía de la impugnación de las sentencias absolutorias y de las demás decisiones relativas a la continuidad de la persecución penal; hace parte esencial de los derechos

<sup>21</sup> Artículo 162-4 C.P.P./2004.

fundamentales de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación. El presupuesto esencial de tal garantía es la existencia de una auténtica decisión judicial porque sólo respecto de ésta se puede plantear la controversia de las razones fácticas, probatorias y jurídicas en que se fundó.

f) El principio de la doble instancia, componente esencial del debido proceso, se desnaturalizaría si la competencia del juez superior se viera limitada por factores diferentes al objeto de la impugnación y a la prohibición de reforma en perjuicio, como ocurriría, por ejemplo, si aquella se circunscribiera a la verificación de la voluntad de la Fiscalía o por otras razones de una pretendida coherencia sistemática.

g) Ni el artículo 448 ni ninguna otra norma de la Ley 906 de 2004 concibe en su literalidad la figura del retiro de cargos o de la acusación. Esta tampoco puede inferirse o entenderse implícita en el estatuto procesal porque una interpretación así violaría la regla constitucional de la irrenunciabilidad de la persecución penal.

h) No debe confundirse la facultad –limitada como se vio– que conserva la Fiscalía hasta los alegatos finales para proponer una imputación jurídica diferente a la planteada en la acusación, con el poder de retirar esta última o de cualquier otra manera disponer de la acción penal. El primero constituye un margen de libertad en el imperativo ejercicio de la persecución penal, mientras que el segundo es un desconocimiento de la obligación que al respecto estatuye la Constitución.

i) La sentencia debe ser congruente con la acusación, entendida ésta como el acto complejo integrado por el respectivo escrito y su formulación oral. No obstante, es claro que tanto la Fiscalía como el juez de conocimiento pueden apartarse de la calificación jurídica de los hechos contenida en la acusación, en las condiciones antes anotadas.

## 9. Caso bajo examen

Luego de un extenso análisis de las pruebas incorporadas en el juicio oral adelantado contra HJ por el delito de *Actos sexuales abusivos con menor de 14 años*; en su alegación final, la Fiscalía solicitó se absolviera al acusado porque, en su criterio, no existía el grado de conocimiento necesario para condenar, es decir, certeza sobre la conducta punible. Esa postura fue coadyuvada por el delegado del Ministerio Público y por la defensa, quienes, a más del ejercicio de valoración probatoria, invocaron el principio de congruencia como un obstáculo adicional para emitir una sentencia condenatoria. Por su parte, la apoderada de la víctima solicitó al juez de conocimiento profiriera esta última decisión.

Como ya se había anticipado en el recuento procesal, el Juez Primero Penal del Circuito de Ocaña (Norte de Santander), emitió sentencia absolutoria, luego de que anunciara el sentido del fallo en igual sentido. Esta decisión invocó el argumento genérico de la existencia de dudas en relación a la ocurrencia de los acontecimientos juzgados, que habrían surgido al escuchar los testimonios de la menor víctima, de su hermana y de su madre, sin que tal conclusión fuera el resultado de un análisis serio y exhaustivo de los mismos ni de las otras pruebas debidamente recaudadas. Es más, ni siquiera enuncia cuáles son en concreto las situaciones dubitativas ni las demás falencias que impedían obtener el grado de conocimiento exigido en el artículo 381 del C.P.P./2004, por lo que sus afirmaciones no cuentan con la debida sustentación.

En tales circunstancias, la sentencia de primera instancia carece de motivación suficiente y, aunque nunca se manifestó que ello obedecía a la inevitabilidad de una decisión



absolutoria en razón de que esa era el sentido de la petición de la Fiscalía, como bien pudo ocurrir; no puede descartarse que, debido al contexto jurisprudencial imperante ya descrito, fuese ese el motivo que explicara la producción de un fallo deficientemente fundamentado. En todo caso, como quiera que la tesis interpretativa aquí establecida conlleva un nuevo marco jurisprudencial en relación a las consecuencias de una petición absolutoria por parte de la Fiscalía; la garantía de los derechos de las partes e intervinientes, especialmente el de defensa y el de la doble instancia, implica que se invalide la actuación subsiguiente a la alegación final del órgano acusador.

La incidencia en garantías fundamentales que hace necesaria la medida extrema de la nulidad, puede observarse en las siguientes actuaciones procesales: tanto el agente del Ministerio Público como la defensa técnica, aunque sentaron su criterio en relación a la eficacia de las pruebas, también se allanaron a la interpretación reiterada que esta Sala venía haciendo del artículo 448 del C.P.P./2004, según la cual la petición absolutoria de la Fiscalía vinculaba al juez de conocimiento. Además, es muy probable que este último, imbuido de esa tesis, no se preocupara por una debida motivación de la sentencia, aunque ello nunca lo hiciera manifiesto. Esta falencia, a su vez, limitó las posibilidades de impugnación por parte de la víctima y hasta la competencia material del juez de segunda instancia. Por último, se pudo afectar el derecho a la defensa cuando su titular técnico, al interponer y sustentar el recurso de casación, se fundó exclusivamente en la variante interpretativa anterior para deprecar una nulidad porque, a su entender y efectivamente así lo era, ese cargo era suficiente para destruir el sustento de la sentencia condenatoria.

Así las cosas, por las razones aquí expuestas y no por las esbozadas por el defensor, se casará la sentencia proferida el 13 de marzo de 2014 por el Tribunal Superior de Cúcuta, mediante la cual revocó la de primera instancia para, en su lugar, condenar a HJ por el delito de *Actos sexuales abusivos con menor de 14 años*. En consecuencia, se decretará la nulidad del proceso a partir del alegato final subsiguiente al del delegado de la Fiscalía, con lo cual el juicio deberá rehacerse a partir del turno correspondiente al agente del Ministerio Público.

### DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley,

### RESUELVE

Primero: **Casar** la sentencia impugnada, conforme a las razones antes expuestas. En consecuencia, se **decreta** la nulidad del proceso a partir del alegato final subsiguiente al del delegado de la Fiscalía, con lo cual el juicio deberá rehacerse a partir del turno correspondiente al agente del Ministerio Público.

Segundo: **Remitir** inmediatamente el proceso al Juzgado Primero Penal del Circuito de Ocaña (Norte de Santander), con el objeto de que continúe el juicio oral desde el estadio antes indicado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

### Comentario

Con la implantación del sistema acusatorio mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, Colombia dio el paso hacia un sistema de juzgamiento totalmente distinto

al anterior que era el propio de un modelo mixto con elementos sustancialmente diferentes en la forma de investigar y juzgar los comportamientos considerados como ilícitos. Ese nuevo patrón de juzgamiento exige que todas las instituciones procesales se analicen dentro de esta sistemática y, precisamente, una de ellas es la congruencia, la cual tiene particularidades que la diferencian tanto en el marco de la Ley 600 de 2000 como en el de la Ley 906 de 2004.

El primer problema radica en entender que los sistemas acusatorio y mixto tienen reglas que los distinguen y exigen que el análisis sea diverso, so pena de llegar a soluciones equivocadas y, por lo mismo, injustas. El sistema acusatorio, como su nombre lo indica, se rige por el principio acusatorio que conlleva tres postulados fundamentales: las funciones de acusación y juzgamiento recaen en actores distintos; no puede existir juzgamiento sin que exista acusación; y, añádase, el juez no se puede inmiscuir, de forma alguna, en el marco de la acusación. La Sala de Casación Penal (Corte Suprema de Justicia, sentencia 26087, 2007), al explicar la figura de la congruencia, ha señalado:

Entendido por tal, básicamente que no hay proceso sin acusación (*nemo iudex sine accusatore*), apareciendo como su nota más distintiva el hecho de que acusación no puede ser formulada por el mismo juzgador, esto es, existe separación absoluta entre las funciones de acusación y este principio, además, se proyecta en varios sentidos: 1. Existencia necesaria de una acusación. 2. Congruencia entre acusación y sentencia. 3. Prohibición de la reforma en perjuicio. Por virtud del primero de ellos ha de entenderse la imposibilidad absoluta de iniciar un juicio oral sin contar con previa acusación, lo que implica también la obligación inexorable de comunicarla al acusado. Tratándose del segundo, debe comprenderse grosso modo que a través de la sentencia no se puede condenar por hechos (incongruencia objetiva) ni respecto de sujetos (incongruencia subjetiva) diversos a los expresamente señalados a través de la respectiva acusación. Por el tercero, también en sentido lato, que la segunda instancia no puede agravar la situación del condenado cuando éste funge como apelante único.

Pero a pesar de quedar claro en esta decisión que el juez no se puede inmiscuir en el marco de la acusación también era diáfano que, si se revisan decisiones de la Sala de Casación Penal proferidas al amparo de la Ley 906 de 2004, se puede observar con claridad que algunas se profieren dentro de un marco típicamente acusatorio en tanto que otras se emiten dentro de la óptica propia de un sistema de naturaleza mixta. Esto ocurre porque no existe claridad sobre la diferencia entre la congruencia propia de un sistema mixto y la de uno acusatorio; los modelos mixtos, obsérvese, se regulan bajo la égida del principio *iura novit curia* según el cual al juez se le dan los hechos y el determina el derecho.

Lo que en palabras de Calamandrei (1996, p. 172), no es solamente una regla de derecho procesal para significar que el juez debe encontrar de oficio la norma aplicable, es decir, del postulado en mención se desprende que al juez se le suministran los hechos y él determina el derecho aplicable lo cual, como se verá más adelante, juega un papel fundamental en punto del entendimiento del principio de congruencia y del rol que, frente al mismo, cumple el administrador de justi-

cia. El aforismo citado, enseña Sentis Melendo, tiene otras formas en las que suele aparecer:

(...) cuando en lugar de la forma corriente que constituye título del trabajo, se dice *Curia novit leges*, esto es, el juez conoce las leyes, con el plural *leges*, sustituido a *iura*, se ve bien claramente que *iura* no podía tener otro significado que el de *normas*. Lo mismo cuando se expresa que *Curia nosse leges praesumitur*, es decir "se presume que la curia conoce las leyes; o bien que "*Princeps omnia iura in scrinio pectoris habere praesumitur* (se presume que el Príncipe tiene en su escritorio todas las normas). De todas ellas se desprende que bajo la égida de este aforismo, el juez es el encargado de determinar cuál es el derecho aplicable a unos hechos, lo que permite entender que en este tipo de sistemas, el juez puede establecer cuál es la solución jurídica del caso (Sentis, 1957, p.p. 32-33).

Este principio llevado al sistema procesal penal se concreta en que, si bien la labor del fiscal será la de presentar la acusación, en aras de dictar una sentencia el juez podrá pasar por encima de la denominación jurídica que el representante del ente acusador dé a los hechos, aplicando la norma que en su concepto sea la correcta. Es por ello que, incluso bajo la sistemática de la Ley 600 de 2000, el artículo 404 establece:

Si el juez advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, así se lo hará saber al fiscal en la audiencia pública, limitando su intervención exclusivamente a la calificación jurídica que estima procedente y sin que ello implique valoración alguna de responsabilidad. El fiscal podrá aceptarla u oponerse a ella.

Si el fiscal admite variar la calificación jurídica se dará aplicación al numeral primero de este artículo. Si persiste en la calificación jurídica, el juez podrá decretar la nulidad de la resolución de acusación.

Esta norma es propia de sistemas que le asignan determinadas facultades al juez como sucede en los procesos de naturaleza mixta, pero ello no es posible dentro de un proceso acusatorio que es el hoy vigente (Acto Legislativo 03, 2002), porque en ese marco el juez debe dictar sentencia acorde con el mismo. Es más, no se puede perder de vista que en el contexto del sistema acusatorio el principio *iura novit curia* no tiene ningún marco de aplicabilidad porque al modelo lo irradian los principios acusatorio y adversarial; el primero, que predica la división de funciones entre acusación y juzgamiento las cuales recaen, respectivamente, en el fiscal y en el juez, sin que este último pueda inmiscuirse en aquella, ni pueda señalarle de forma alguna cómo debe realizarse la acusación por parte del órgano persecutor y, el segundo, acorde con el cual el fiscal y el defensor se constituyen en dos adversarios que presentan dos teorías distintas frente a un tercero imparcial –el juez– quien debe definir, después de haber sido debatidas en juicio, cuál de ellas es más creíble y, a partir de allí, determinar si existe o no responsabilidad penal en el caso concreto.

Esa confusión se observaba cuando la Sala de Casación Penal al ocuparse del instituto de la congruencia, emitía decisiones indiferenciadas al tenor de una sistemática acusatoria o mixta sin explicar las razones de ese cambio. A manera de

ejemplo, obsérvese como ese organismo incurre en contradicciones, pues, por una parte, adopta criterios sostenidos con respecto a la congruencia en la Ley 600 de 2000, de acuerdo con los cuales el juez queda vinculado nada más que por el núcleo central de la imputación fáctica formulada por el fiscal, por suerte que puede ‘degradar’ la responsabilidad, lo que es tanto como afirmar que puede *iura novit curia* cambiar la calificación del fiscal (Corte Suprema de Justicia, radicado 25862, 2007); y, por la otra, afirma que el juez puede mutar la calificación siendo leal e imparcial.

Frente a este tópico, obsérvese que si el juez puede cambiar la calificación jurídica actúa acorde a facultades que se derivan de un principio *iura novit curia* pero, además, es claro que desconoce los dictados de la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional, sentencia C-025, 2010) según los cuales el principio de congruencia –que rige la relación existente entre la acusación y la sentencia– configura un elemento central de un sistema penal acusatorio caracterizado por la separación entre el órgano que investiga y acusa con aquel que falla. Por último, surge una pregunta: ¿puede un juez ser imparcial y objetivo cuando cambia la calificación jurídica? La respuesta a la misma cuestión es negativa, en la medida en que si el juez decide cambiar la calificación cumple funciones propias del ente acusador con lo cual, necesariamente, rompe el principio acorde con el cual debe existir la separación entre las funciones de acusación y juzgamiento.

Por el contrario, en otras ocasiones la Corte tiende hacia los principios acusatorio y adversarial para fijar una posición respecto de la congruencia, observando que vincula tanto los hechos como los argumentos y las citas normativas (Corte Suprema de Justicia, radicado 26309, 2007); y señala que los hechos y su tipificación se fijan en la acusación y que, en el evento de fracasar el fiscal en su demostración, el juez debe absolver. Incluso, en otra decisión la corporación analizó el principio de congruencia a partir de criterios que apuntan hacia el esquema acusatorio y adversarial; allí sostuvo que se viola dicho axioma cuando se condena por delitos no previstos en la acusación, no imputados o por delitos agravados cuando las circunstancias de mayor punibilidad no fueron estimadas en la acusación y, adicionalmente, señaló que si el fiscal no demuestra su propuesta en el juicio no le queda nada distinto al juez que absolver (Corte Suprema de Justicia, radicado 25913, 2008).

A su vez, en otra decisión esa misma corporación indicó que la congruencia en las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 se unifica y homologa, a partir de la llamada ‘congruencia fáctica’. A tales efectos, señaló:

1. Así las cosas, independientemente de que en la definición de situación jurídica se haya impuesto o no medida de aseguramiento, del número de delitos allí endilgados, y de la denominación jurídica que se les hubiere dado, es en la resolución de acusación en donde se definen los cargos, por lo tanto creer que entre las dos providencias debe existir congruencia es darle al primero un alcance que no tiene, y desconocer lo obvio, estos es, que si después de definir la situación jurídica se puede seguir investigando, es de esperarse que las nuevas pruebas puedan dar lugar a que lo consignado en ese proveído sufra profundas modificaciones.

Incluso podrían presentarse cambios sin que surjan nuevas pruebas, simplemente porque al momento de calificar ya se tenga una mejor comprensión de lo ocurrido y un más informado criterio para decidir.

2. No obstante los reiterados pronunciamientos de la jurisprudencia en los cuales se ha dejado claro que el instituto de la congruencia se da es entre los contenidos de la resolución de acusación, su variación y los que se deriven en la sentencia, bien puede afirmarse de manera matizada que entre los actos de indagatoria y el de la calificación con llamamiento a juicio, se presenta una especie de relativa correspondencia de referentes, en los que la inicial imputación jurídica provisional puesta de presente en las diligencias de injurada podrá variar o modificarse para adecuarse de manera inequívoca al correspondiente tipo penal que recoja la materialidad acaecida, pero en lo que si no se puede llegar a sorprender al indagado es con atribución de facticidades recogidas normativamente y sobre las que nunca fue interrogado.

Las anteriores ejemplificaciones, verifican que la relativa congruencia o correspondencia de referentes que debe darse entre la indagatoria y la resolución de acusación, en todos los casos, es decir tanto para los eventos de la Ley 600 de 2000, como para los de la Ley 906 de 2004, giran alrededor de la imputación fáctica que se haga al indagado o imputado, quien tiene derecho a conocer, a que le coloquen de presente, cuál es la materialidad de acción que se le atribuye y a qué título, para a partir de la misma proyectar sus ejercicios de defensa material y técnica (...)” (Corte Suprema de Justicia, radicado 30290, 2008).

Luego, en la providencia transcrita y que origina este comentario, ese organismo deja ver la confusión observada en esta materia al determinar que, en los procesos surtidos dentro del modelo acusatorio, el juez puede dictar sentencia condenatoria pese a que la Fiscalía hubiese pedido absolución; incluso, afirma que ello se deriva de las facultades inherentes al principio *iura novit curia*, para romper totalmente la estructura de una sistemática acusatoria (Corte Suprema de Justicia, 2016, SP6808-2016, radicado 43837). Obsérvense los apartes pertinentes de la decisión en comento que ya están transcritos más arriba:

Se varía, entonces, la jurisprudencia anterior para que, en adelante, se entienda que la petición de absolución elevada por la Fiscalía durante las alegaciones finales es un acto de postulación que, al igual que la planteada por la defensa y demás intervinientes, puede ser acogida o desechada por el juez de conocimiento, quien decidirá exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral. Así, la sentencia, al constituir una verdadera decisión judicial, sea condenatoria o absolutoria, siempre será susceptible de recurso de apelación por la parte o el interviniente que le asista interés. A su vez, el juez de segunda instancia revisará la corrección del fallo a partir de los puntos de impugnación que se le propongan o los que resulten inescindiblemente vinculados, sin que, en todo caso, su resolución pueda agravar la situación del apelante único.

Para llegar a esta conclusión, entre otros argumentos, señala esa corporación:

Los sistemas acusatorios propugnan por una congruencia esencialmente fáctica y por la libertad en la calificación jurídica. Inclusive, así ocurre en los procesos civiles en el que los intereses son disponibles, por cuanto el juez debe fallar conforme a la norma (*iura novit curia*).

Desde luego, aceptar que existen facultades *iura novit curia* dentro del diseño de un proceso de corte acusatorio conlleva ignorar que existen diferencias con uno de naturaleza mixta y, más aún, cuando se señala que el juez no se puede constituir en un simple refrendador de la voluntad del fiscal. Además, afirmar que el acto de la Fiscalía a través del cual solicita la absolución es de postulación y puede ser aceptado o no por el juez implica, necesariamente, que éste se puede inmiscuir en la acusación olvidando que si el fiscal como titular de la acción penal señala que no tiene como pedir condena y pide absolución, ello equivale a un retiro de cargos y sin ellos el juez no puede dictar una sentencia de carácter condenatorio.

Pilar fundamental del sistema implantado a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 es, precisamente, que las funciones de acusación y juzgamiento recaen en actores distintos porque sin acusación el juez no puede dictar sentencia y que, por supuesto, este no se puede inmiscuir de ninguna manera en el marco de la acusación; es por ello que si el fiscal pide la absolución, bien sea por la vía de la absolución perentoria cuando determine que los hechos en que se fundamentó la absolución resultan ostensiblemente atípicos, o, al presentar su alegato final, al juez no le queda camino distinto que el de absolver.

Consecuencia natural de ello, además, será que tanto el Ministerio Público como el apoderado de víctimas quedan inhabilitados para apelar esta decisión, porque no se puede olvidar el tenor literal del artículo 448 de la Ley 906 de 2004 cuando establece que el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena, siendo claro que esa solicitud es la que realiza el fiscal y, si la misma no existe, el juez no puede aducir que en aras de realizar un acto de justicia material puede dictar una sentencia condenatoria.

No obstante, dicha tesis es ratificada en providencia posterior cuya posición no es pacífica dado que –igual sucedió en la decisión anterior– se presentaron cuatro salvamentos de voto (Corte Suprema de Justicia, SP-10585-2016 radicado 41905); por ello, reitera los argumentos expuestos en la providencia con ponencia del magistrado Malo Fernández ya citada y transcritos y se concluye:

En ese orden, habida cuenta del cambio jurisprudencial como se viene de exponer, cuyo aspecto medular se cifra en que la solicitud de absolución que eventualmente formule el delegado del ente acusador en el alegato final, no es vinculante para el juez de conocimiento, quien en todo caso, habrá de proferir la respectiva sentencia con fundamento en la estimación de las pruebas practicadas en el juicio oral, cuyo referente para efectos de la congruencia es el acto complejo de la acusación, valga decir, escrito y formulación oral; se concluye que frente al caso particular no se vulneró tal postulado.

Frente a este razonamiento se puede afirmar que es desafortunado importar la institución del retiro de la acusación solo porque provenga de legislaciones procesales encasilladas como acusatorias, ello implica olvidar que no se trata solo de traer construcciones propias de otras legislaciones procesales de corte acusatorio sino que, en sistemas como el adoptado a través del Acto Legislativo 03 de 2002,

el marco de la acusación es del resorte exclusivo del fiscal por lo cual el juez se puede inmiscuir en el mismo y, naturalmente, si en desarrollo del proceso el ente acusador estima que no tiene como pedir una sentencia condenatoria, por lealtad procesal debe retirar los cargos y, sin ellos, el juez no puede condenar.

Es cierto que la Fiscalía puede dar aplicación al principio de oportunidad por vía de la interrupción, la suspensión o la renuncia al ejercicio de la acción penal, atendidas razones de política criminal, y ello ocurre a pesar de tener elementos suficientes para poder demostrar que la persona es penalmente responsable; con más veras lo es que la Fiscalía debe retirar los cargos cuando, acorde con su leal saber y entender, concluye que no puede obtener sentencia condenatoria y, por ello, es su obligación pedir la absolución. Además, no se puede olvidar que la Fiscalía se rige por el principio de objetividad consagrado en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, en cuya virtud se debe observar el deber de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable y la obligación de retirar los cargos si el fiscal no tiene como obtener una sentencia condenatoria.

Es más, si bien los mecanismos de terminación anticipada del proceso están sometidos a control por parte del juez también lo es que el principio acusatorio se entronca sobre el postulado según el cual las funciones de acusación y juzgamiento corresponden a actores distintos, sin que el juez pueda inmiscuirse en el marco de la acusación y, en consecuencia, si el fiscal retira los cargos al juez no le queda camino distinto que absolver. Por ello, de una parte, la garantía de la impugnación de las sentencias absolutorias existe siempre y cuando la Fiscalía haya pedido condena, porque si el ente acusador pide absolución allí debe terminar el proceso penal; pero es que, además, en este caso ni la víctima ni el Ministerio Público tienen facultad alguna para impugnar la sentencia proferida por el juez, en la medida en que la misma fue producto de un proceso en el cual se retira la acusación. A más abundamiento, recuérdese que la sentencia debe ser consecuencia de un debate en el cual debe haberse probado o no la teoría del caso de la fiscalía y la realidad es que los intervinientes especiales no formulan teoría de ninguna naturaleza por lo cual, en el sentido anotado, se debe acoger de manera integral el argumento expuesto en salvamento de voto suscrito por el magistrado Fernández Carlier cuando señala:

11. Las víctimas ni el Ministerio Público tienen interés para apelar la sentencia absolutoria.

No necesariamente se tiene el derecho a apelar todas las sentencias, el ejercicio de esa garantía fundamental demanda el cumplimiento de presupuestos procesales, sin los cuales no es posible acceder a la doble instancia a través de dicho recurso, como la oportunidad, naturaleza de la providencia, procedencia, legitimación e interés para recurrir.

Para este caso es válido traer a colación que en los preacuerdos o allanamientos la víctima carece de interés para apelar el fallo aduciendo su inconformidad con los beneficios otorgados, tampoco tiene interés el procesado para lograr a través de la alzada la retractación de lo válidamente aceptado o preacordado.

En el caso de la petición absolutoria inequívocamente formulada por el Fiscal que obliga al juez de primera instancia a absolver, la víctima y el Ministerio Público care-

cen de interés para recurrir, dado que no tienen teoría del caso y no pueden sustituir ni desconocer la presentada por la Fiscalía.

La petición absolutoria como expresión de la teoría del caso de la Fiscalía en los juicios penales, el interés es de esta parte únicamente, no de la víctima ni del Ministerio Público.

Los intervinientes, víctima y Ministerio Público, en los procesos que terminen con petición absolutoria obligatoria para el juez, tienen otros mecanismos de defensa judicial, en su caso, a través de una acción pública o de una de las causales de revisión establecidas en la Ley Procesal Penal bajo los supuestos allí previstos.

Por otra parte, no es cierto que el principio de la doble instancia se desnaturalice si la competencia del juez superior se viera limitada por factores diferentes al objeto de la impugnación y a la prohibición de reforma en perjuicio, pues la doble instancia debe seguir existiendo pero en la medida que la Fiscalía hubiese solicitado condena y el juez decida proferir sentencia absolutoria; por ello, no puede hablarse de doble instancia frente a una sentencia que no es susceptible de apelación porque ella es producto de un proceso en el cual el ente acusador, acorde con su leal saber y entender, se itera, determinó que debía retirar los cargos.

En cualquier caso, la providencia objeto de este comentario ha suscitado un gran debate sobre el asunto tanto en la práctica judicial como en la misma jurisprudencia, como lo demuestra el hecho de que las posturas al respecto se mantengan, aunque a veces con algunas variantes (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP1003-2017, radicado 45464). En fin, a manera de colofón, puede decirse lo siguiente: pese a que el sistema acusatorio lleva más de trece años de implantación, queda la sensación de que todavía se administra justicia con una mentalidad propia de un proceso de naturaleza mixta con tendencia a lo inquisitivo lo cual genera decisiones en contravía del mandato constitucional y que, por lo mismo, en algunos casos, son inconstitucionales así se alegue para proferirlas razones de justicia material, lo cual genera –por el contrario– decisiones manifiestamente injustas.

## Referencias

Calamandrei, P. (1996). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Vol. III. Trad. S. Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro S. A.

Sentencia 26087 (2007, febrero 28). Recurso extraordinario de casación. M. P.: Marina Pulido de Barón. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Sentencia 25862 (2007, marzo 21). Recurso extraordinario de casación. M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Sentencia 26309 (2007, abril 25). Recurso extraordinario de casación. M. P.: Yesid Ramírez Bastidas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Sentencia 25933 (2008, mayo 15). Recurso extraordinario de casación. M. P.: Javier Zapata Ortíz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.



Sentencia 30290 (2009, diciembre 2). Recurso extraordinario de casación. M. P.: Yesid Ramírez Bastidas, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Sentencia 43837 (SP 8808-2016, mayo 25). Recurso extraordinario de casación. M. P.: Gustavo Enrique Malo Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Sentencia 41905 (SP10585-2016, agosto 3). Recurso extraordinario de casación. M. P.: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Sentencia 45464 (SP1003-2017, febrero 1). Recurso extraordinario de casación. M. P.: José Luis Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Sentencia C-025 (2010, enero 27). Acción de constitucionalidad. M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional.

Sentis, S. (1957). *El Juez y el Derecho (Iura Novit Curia)*. Buenos Aires: Editorial Jurídica Europa- América, EJEA.

# V

## Reseñas y recensiones



Quintero Olivares, G. (2017). *Pequeña historia penal de España*. Madrid: Iustel, 238 p.

Adentrarse en la evolución del derecho penal en España es hacer una incursión por su atormentada historia, en la cual sobresalen dictaduras, masacres, partos republicanos y efluvios principescos y reales. Así lo muestra muy bien el texto reseñado cuando, a lo largo de su paginaje, el autor hace un recorrido por cuatro capítulos que van desde el primer estadio: "De Cádiz a la I República", pasa por el segundo: "De la Restauración hasta la II República" y llega al tercero: "Desde el fin de la Guerra civil hasta 1978; y, por supuesto, al último: "De la Constitución de 1978 al C.P. de 1995".

Ya desde el título del libro está claro que no se trata de un estudio a profundidad del progreso de las ideas penales en dicha nación sino que, por el contrario, y el autor así lo reconoce desde la "Advertencia previa", su cometido tiene "modestas pretensiones"; sin embargo, no por ello deja de ser un trabajo muy importante para el lector especializado que quiera tener un panorama general sobre el asunto que, valga decirlo de una vez, mucho ayuda a los lectores extranjeros que cultivan estas disciplinas. Ello es trascendente en países que, como Colombia, han sufrido –antes por razones históricas y como producto de la férrea dominación de la Corona durante poco más de tres siglos– el influjo de las construcciones normativas, doctrinarias y jurisprudenciales hispanas

Así las cosas, pese a su simpleza, el libro se muestra como muy bien documentado, lleno de apuntes desconocidos y curiosos, que explican muy bien el surgimiento de los diversos Códigos Penales a partir del malogrado texto de 1822, pasando por los de 1848 –cuyo influjo en, por lo menos, catorce códigos latinoamericanos se muestra (p. 57)– y 1870, hasta llegar a los de 1928, 1932, 1944 y el de 1995, tantas veces reformado y manoseado a la luz de los diversos cambios políticos partidistas recientes. Allí desfilan tanto los comentaristas y los estudiosos críticos que los enfrentaron desde sus cátedras –a veces proscritos, como sucedió con Jiménez de Asúa y sus discípulos en 1938, no precisamente adeptos del autoritarismo penal y político de la época que, con Franco a la cabeza, dejó una nación regada de cadáveres y desaparecidos, y obligó a aquellos a emigrar lejos de su patria– como los defensores –muchos de ellos potenciados y/o retribuidos con altas investiduras como sucedió con Cuello Calón o Sánchez Tejerina–.

Por supuesto, quien logre llegar al final del opúsculo podrá entender que el progreso de las doctrinas penales ibéricas tiene vertientes originales, novedosas y de gran valía, pero también muchas ideas y corrientes importadas de Italia, Francia y Alemania

(sobre todo a partir de los años sesenta del pasado siglo), básicamente, a lo largo de los diversos estadios, bien con un toque democrático o autoritario según las exigencias políticas del momento. En especial, debe reflexionar sobre la época actual caracterizada por la proliferación de universidades y de catedráticos, no siempre del mejor nivel teórico y, como es obvio, por los constantes y arrevesados cambios legislativos, como la reciente reforma de 2015 caracterizada como un verdadero “salto atrás” que introdujo la cadena perpetua, el derecho penal de autor y, por supuesto, como expresión de un desenfrenado expansionismo penal.

Estos últimos permiten concluir que, en medio de la República y de la democracia, no ha sido posible que florezca un derecho penal liberal y garantista, porque los influjos nefastos de la época autoritaria dejan todavía surtir su influencia en pleno siglo XXI, con una nación –a ratos muy maltrecha en los planos social, económico y político– que ve amenazada su unidad. Muy bien lo dice el autor a manera de balance: “[e]l problema más grave de la ciencia penal española es que se ha de enfrentar a una producción legislativa que desprecia y destroza todos los principios y conceptos construidos con esfuerzo durante años” y, con una visión pesimista, propia de quien ha estado involucrado en todos los debates y propuestas legislativas recientes: “[i]ndocumentados parlamentarios y no más eruditos miembros del ejecutivo, de cualquier gobierno, desprecian el conocimiento doctrinal y profundo del derecho, y eso se inscribe en el general descenso del nivel intelectual de las clases dirigentes españolas” (p. 197).

Por eso, pues, no es de extrañar que cierto escepticismo intelectual se cuele a lo largo de las páginas del libro –el mismo que arrastran los estudiosos y hombres pensantes de este mundo de la posmodernidad, atrapados en medio de las sociedades líquidas de las que habla Z. Bauman–, hasta llegar a afirmar que “el penalista de nuestro tiempo ha perdido la esperanza de que los principios que creía poco menos que sagrados, tengan utilidad o validez” (p. 234).

*Fernando Velásquez Velásquez.*

Vargas, A. y Vargas, R. (Comps.) (2017). *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

La obra objeto de la presente reseña, es el resultado de la contribución de varios autores nacionales y extranjeros, especialistas en los temas incluidos en la misma, y cuyos aportes giran en torno al diseño e instrumentación de la política –criminal– en materia de persecución de bienes de origen ilícito, con énfasis en el delito de lavado de activos (punta de lanza de esta política, mediante el cual se pretende sancionar a quienes encubran u oculten bienes de origen delictivo); esto explica el título del texto. Las cuestiones abordadas, revisten una gran importancia para la sociedad en su conjunto y los estudiosos del derecho, debido al mayor interés de las autoridades locales y los organismos supranacionales en impedir el disfrute de esos bienes espurios, como lo evidencia la cantidad de disposiciones internas y supranacionales sobre el particular.

Su contenido se estructura en torno a seis capítulos a lo largo de los cuales se analizan los aspectos fundamentales del delito de lavado de activos en Colombia, Brasil o España; la distinción –artificial, dirán los autores– entre los delitos de lavado de activos y receptación; el decomiso y, por último, las modernas estrategias para la investigación de la forma de delincuencia aludida.

Así, el capítulo primero, escrito por los profesores Carmen E. Ruiz López y Renato Vargas Lozano, de las Universidades Externado de Colombia y Sergio Arboleda, respectivamente, analiza la regulación colombiana sobre el asunto, vertida, actualmente, en el Título X, Capítulo V, entre los artículos 323 a 327 del Código Penal colombiano (Ley 599 del 2000). Los autores se ocupan de los antecedentes de la figura, de los aspectos objetivo y subjetivo del tipo y su consecuencia jurídica, e incluyen una reflexión sobre la privatización de la lucha contra el lavado de activos, a propósito de lo cual advierten sobre la tendencia –tan necesaria como inquietante en este contexto– de vincular a los particulares en el sistema de prevención, detección y sanción del blanqueo de bienes. Por último, los autores concluyen que, si bien la sanción de las conductas constitutivas del lavado de activos obedece a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano, su incorporación al catálogo de las penas, en las condiciones en las cuales ha tenido lugar, riñe con algunos de los principios básicos del ordenamiento jurídico patrio.

El capítulo segundo, firmado por los profesores brasileiros Rómulo Rhemo Palitot Braga y Arthur Heinsteim Apolinário Souto, se refiere a los aspectos dogmáticos del delito de lavado de dinero en el sistema penal brasileiro, con especial atención a las cuestiones más relevantes de la ley que tipificó el delito en dicho ordenamiento (Ley 9613 de 1998) y su modificación posterior (Ley 12683 de 2012). A propósito de ello, los autores examinan el carácter accesorio y autónomo del delito, resaltan algunas de las problemáticas más relevantes que suscita la tipificación de este tipo en dicho país y dedican algunas reflexiones interesantes a los sujetos y el objeto material del punible en cuestión.

El capítulo tercero, de autoría de la profesora española Caty Vidales Rodríguez, se centra del delito de blanqueo de capitales en el contexto español. Tras una introducción, la autora se ocupa del análisis de las normas internacionales que constituyen el marco general de las regulaciones nacionales y desarrolla su tesis sobre la inusitada expansión del ámbito del blanqueo, a partir de lo cual identifica dos conceptos del mismo: uno estricto y otro amplio, lo cual justifica la pregunta con que intitula su artículo y que, de este modo, resulta suficientemente ilustrativa de la esencia del mismo: ¿qué es blanqueo?

El capítulo cuarto, escrito por los profesores Álvaro Vargas y Renato Vargas Lozano, quienes figuran, además, como compiladores de la obra, indaga por las razones político criminales que fueron esgrimidas para diferenciar los delitos de receptación y lavado de activos y su posterior materialización en el plano legislativo; a tales efectos, los autores, luego de hacer un examen detallado de dicha evolución, concluyen que tal diferenciación resulta artificiosa, no sin antes exponer con detalle las razones que los llevan a realizar esa afirmación. Al hilo de ello, desarrollan diferentes cuestiones, que tocan con los aspectos de política criminal aludidos, pero, también, en buena medida, con algunas de sus implicaciones dogmáticas más relevantes, así: en primer lugar, la legitimidad de la incriminación del lavado de activos; en segundo lugar, lo relativo al bien jurídico tutelado; y, en tercer lugar, la posibilidad de castigar o no el denominado 'autoblanqueo'.

El capítulo quinto, de autoría de la profesora española Teresa Aguado Correa, se refiere a la figura del decomiso, al cual le atribuye la condición de 'denominador común' en la lucha eficaz contra el blanqueo de capitales, pero, también, frente a la delincuencia organizada o tratándose de la financiación del terrorismo; lo anterior, teniendo en cuenta el importante número de resoluciones, directivas y reglamentos expedidos por la Unión Europea sobre la materia. En este mismo capítulo se aborda la medida de embargo, cuyo estudio se realiza de modo paralelo al del decomiso, profundizando en la regulación legal de ambas instituciones, a partir de lo previsto en la Directiva 2014/42/UE.

Por último, el capítulo sexto, escrito por la profesora Andrea Planchadell Gargallo, se centra en los aspectos procesales relacionados con la lucha, en clave procesal, contra el delito de lavado de activos. Al hilo de ello, hace énfasis en las técnicas –en algunos casos discutidas y a las que se asocian diversos problemas de orden práctico y jurídico– utilizadas para la investigación de este tipo de punibles, tales como la infiltración y los agentes encubiertos, los colaboradores con la justicia o, conforme a la denominación empleada por la autora, los 'arrepentidos' o, en fin, la entrega vigilada. También expone los cambios surgidos en este ámbito con motivo del Decreto español 304/2014, de 5 de mayo, donde se confieren funciones especiales al Ministerio Fiscal, para hacer más eficaz la lucha contra el lavado de activos en ese país. Así mismo, se abordan las medidas cautelares y la –necesaria– cooperación internacional.

Por lo expuesto, bien puede afirmarse que se trata de una obra que constituye un aporte fundamental a la doctrina nacional, en la que no abundan las publicacio-

nes de este tipo ni con este enfoque y la cual constituye, además, un referente muy útil para los interesados en profundizar sobre estos temas por razones prácticas o teóricas. Las contribuciones, caracterizadas por su lenguaje claro y su precisión técnica, son de fáciles lectura y entendimiento, lo que permite que la publicación sirva tanto a los expertos como a los no expertos. Cabe, por último, resaltar la riqueza de las fuentes empleadas así como el énfasis en el derecho comparado, cuyo estudio en estas materias es indispensable.

*Kevin Iván Giraldo Ramos.*





**IV**

**Entrevista**



## PROF. DR. JOSÉ LUIS DÍEZ-RIPOLLÉS

*Ingrid Bibiana Muñetones Rozo*

**C.D.P. Profesor, por favor, cuéntenos acerca de su formación y de su trayectoria académicas.**

**Profesor DÍEZ-RIPOLLÉS:** Mi trayectoria como jurista tarda en consolidarse, no puedo decir que haya sido una vocación originaria. Cuando accedo a la universidad en el año 1968, en unos momentos de gran inquietud política y social en Europa, y todavía más en España por razones ligadas al régimen dictatorial que sufríamos, mis preocupaciones estaban muy centradas en el cambio de ideas generacional que la juventud estaba impulsando, así como en el cambio político imprescindible en mi país, de los que me sentía partícipe. No me quise cerrar caminos de antemano, y me matriculo simultáneamente en dos licenciaturas en la Universidad de Zaragoza (España), mi lugar de nacimiento y residencia, la carrera de Filosofía y Letras, que entonces era la vía para especializarse en Psicología, y la carrera de Derecho. En el fondo, lo que a mí me hubiera gustado estudiar era Filosofía, pero tuve la impresión de que no era una buena opción en términos de ganarte la vida de un modo aceptable. Los dos primeros años curso ambas carreras de modo paralelo, mientras participo intensamente en el movimiento estudiantil. En 1970 debo trasladarme a la Universidad de Barcelona para desarrollar mi especialización en Psicología durante tres años y, tras unos meses de estancia allá, decido dejar en segundo plano la carrera de Derecho, de la que solo curso algunas asignaturas aisladas esos años. En realidad, Derecho me había decepcionado, tanto en Zaragoza como en Barcelona. Solo unos pocos de mis profesores habían sido capaces de salirse del estricto positivismo o de una actitud de inhibición personal ante la conflictiva situación política española. Entre los pocos que lo hacían me gustaría destacar a Ramón Sainz de Varanda, profesor de Derecho político en Zaragoza.

Lo cierto es que en 1973 termino la licenciatura en Psicología, una disciplina aún de poco arraigo profesional en España, y mientras empiezo a buscar trabajo, mis padres me convencen de que concluya los estudios de Derecho, de nuevo en Zaragoza. Al matricularme de nuevo allá, compruebo que en los tres años transcurridos desde que dejé esa Facultad de Derecho se ha producido una renovación sustancial del profesorado, que da lugar a que me encuentre ante, probablemente, la mejor Facultad de Derecho en España en esos momentos. Baste citar unos nombres: José Cerezo Mir en derecho penal, Juan Rivero Lamas en derecho del trabajo, Manuel Ramírez

Jiménez en derecho político, Lorenzo Martín-Retortillo en derecho administrativo, José Luis Lacruz Berdejo en derecho civil, Juan José Gil Cremades en filosofía del derecho, José Lalinde Abadía en historia del derecho, José Antonio Pastor Ridruejo en derecho internacional, entre otros. Y lo que es igual de importante, están acompañados de un buen número de discípulos, jóvenes profesores de gran valía, como el tiempo demostrará, y que sería largo enumerar. Me deslumbró el alto nivel académico de todos ellos, así como el compromiso político de muchos. De todos modos, yo ya he adoptado una actitud muy selectiva en materias jurídicas, y concentro mis esfuerzos en aquellas disciplinas con mayor contenido social. Mis estudios de psicología me arrastran de manera natural al derecho penal.

Allí me encuentro con un universitario ejemplar, José Cerezo Mir, que me muestra en su persona lo que es alcanzar la excelencia académica. Constituía un reto en toda regla, que asumo y que me lleva a desarrollar una convencional carrera académica, con defensa de tesis doctoral en Zaragoza en 1981, estancias largas y reiteradas en Alemania, en el Instituto Max Planck de Friburgo, y obtención por oposición, tras etapas intermedias, de la cátedra de derecho penal en la universidad de Málaga en 1986. Llego a un departamento de derecho penal recién creado, en el que está casi todo por hacer, y me involucro con entusiasmo en la tarea. Han pasado 30 años desde entonces, y los resultados, creo, han sido satisfactorios. Ahora mismo somos cerca de 20 personas dedicadas al estudio de la política criminal, el derecho penal y la criminología.

### **C.D.P: ¿Cuál es el teórico del Derecho penal que más ha influido en su formación como académico y como cultor de las disciplinas jurídico-penales?**

**Profesor Díez-Ripollés:** Cuando me entrevisté por primera vez con Cerezo con la voluntad de iniciar una carrera académica bajo su tutela, le dije que quería hacer una tesis doctoral de política criminal. Eso, en 1975, en un momento de gran progreso de la dogmática penal española, era una pretensión bastante pintoresca. Y más, si se lo decía a uno de los grandes representantes de esa dogmática penal española. Cerezo hizo algún comentario escéptico sobre lo prometedor de semejante enfoque, pero, digamos, decidió dejarme hacer dado lo resuelto que yo estaba. Esta anécdota creo que refleja bien mi punto de partida.

He de decir, sin embargo, que la suerte de encontrarme en uno de los lugares donde mejor dogmática se hacía en España me enganchó de inmediato, de modo que mis primeros trabajos, aparecidos antes o inmediatamente después de la publicación de mi tesis doctoral, eran trabajos dogmáticos de parte general. De hecho, no he dejado de publicar sobre dogmática de parte general en ningún momento, tengo un manual que está en su cuarta edición, y sigo como el primer día subyugado por la sutileza conceptual, fuerza discursiva y capacidad garantista de esta rama del derecho penal. Cerezo fue un excelente maestro, y a él le debo la mayor parte de mi formación dogmática. Tuve el privilegio de trabajar puerta con puerta con él durante casi 10 años, justamente aquellos años en que redactó la mayor parte de su manual de derecho penal, y sus salidas del despacho para, con cualquier excusa, hablar con el que tenía más cerca, casi siempre yo, sobre el tema que le preocupaba

en ese momento, fueron constantes, y mi aprendizaje incesante. Hubo otros dos dogmáticos alemanes que desempeñaron un papel decisivo en mi formación. En primer lugar, Günther Stratenwerth, autor de un conciso manual de la parte general del derecho penal alemán, cuya claridad y contundencia expositiva estimo que aún no ha sido superada; en segundo lugar, Hans Heinrich Jescheck, cuyo prolijo manual fue permanente fuente de información y de estímulo intelectual. Sin citar nombres por miedo a dejarme alguno, sería injusto olvidar a los miembros de la excelente escuela dogmática española coetánea de Cerezo, o un poco más joven y que se está jubilando en estos años.

Pero yo quería hacer, sobre todo, política criminal. Concebía, y concibo, la prevención de la delincuencia como una política pública que exige la puesta en acción de instrumentos del Estado de derecho y del Estado social muy diversos. Para el diseño de esa política criminal se precisa, desde luego, el concurso de diversas ciencias sociales, singularmente la criminología, que nos muestren la realidad sobre la que queremos incidir y los efectos sociales que podemos producir. Y serán los objetivos político-criminales, escogidos tras un serio debate público, los que han de marcar los contornos del derecho penal, instrumento destacado, pero no exclusivo de esa prevención de la delincuencia. Un derecho penal y procesal penal cuya configuración, en cualquier caso, debe mantener intactos los principios garantistas que le caracterizan, pues no se pueden conseguir los objetivos político-criminales a cualquier precio.

Pues bien, fue especialmente Winfried Hassemer quien me inspiró, con su obra “Fundamentos de derecho penal”, el derrotero a seguir; a diferencia de Claus Roxin, cuya obra “Política criminal y sistema de derecho penal” ha sido, en mi opinión, fuente de confusión en este asunto. Más adelante, mis dos estancias en Estados Unidos me permitieron familiarizarme con excelentes practicantes de la política criminal en Estados Unidos, desafortunadamente ignorados por los legisladores de su propio país, de entre quienes probablemente haya sido Franklin Zimring el que más me haya influido.

**C.D.P: Como crítico de “la política criminal como instrumento de agitación y propaganda”, ¿qué opina de este fenómeno de cara a los sistemas políticos vigentes en el continente latinoamericano?**

**Profesor DÍEZ-RIPOLLÉS:** La idea que Ud. cita tiene que ver con la renuncia que se ha producido en la mayor parte de Occidente a considerar la política criminal como una política pública más, que persigue determinados objetivos racionales y socialmente acordados, en este caso, la prevención y control de la delincuencia. Las decisiones penales están hoy en día con frecuencia condicionadas por intereses espurios, de tipo coyuntural, que solo superficialmente tienen que ver con la lucha contra la delincuencia. El arsenal preventivo y punitivo del que disponen los poderes públicos ha pasado a formar parte del acervo de instrumentos populistas en manos del gobierno, y de las fuerzas políticas de oposición, destinados a generar reacciones emocionales de adhesión a unos u otros y, por tanto, a producir réditos electorales inmediatos. La búsqueda de una verdadera solución de los problemas ligados con la delincuencia está lejos de sus preocupaciones.

A ese empleo torticero de la realidad delictiva se han incorporado con entusiasmo la mayoría de los medios de comunicación. Los componentes dramáticos de la delincuencia, reales o exagerados, y en todo caso machaconamente reiterados, se han convertido en un filón mediante el cual se logran incrementos notables del nivel de audiencia. En contrapartida, las buenas noticias sobre mejora de la realidad delictiva o su control no tienen eco. Podemos discutir sobre quién empezó antes con la distorsión de las percepciones sociales sobre el problema criminal, pero lo cierto es que ambos, políticos y medios, se retroalimentan mutuamente.

De ahí mi afirmación de que la política criminal se ha convertido en un instrumento de agitación y propaganda. En algún momento habrá que darle la debida importancia al sufrimiento innecesario que tales actitudes desenfocadas y torpes, sin capacidad para resolver el problema, están causando tanto a las víctimas como a los delincuentes.

Es preciso que las decisiones político-criminales se desembaracen de contenidos oportunistas o moralizadores, incorporen en todo momento fuertes cautelas respetuosas del Estado de derecho, y en ese marco busquen soluciones eficaces y eficientes al problema de la delincuencia.

No estamos ante un problema específicamente latinoamericano. Es significativo comprobar cómo, con algunos matices, la alarma social por la delincuencia, inducida por medios y políticos, muestra similitudes muy notables en intensidad y extensión en sociedades con realidades delictivas muy distintas, como pueden ser los países europeos occidentales y los iberoamericanos.

**C.D.P:** Una de sus obras más difundidas es “La racionalidad de las leyes penales”, en la que critica la escasa atención prestada por el pensamiento penal al proceso de elaboración de las leyes penales, y propone soluciones. Por favor, cuénteles a los lectores qué le llevó a publicar ese trabajo.

**Profesor DÍEZ-RIPOLLÉS:** Gran parte de la insatisfactoria situación política-criminal que padecemos parte de un malentendido: el reconocimiento de que la soberanía nacional reside en el legislador, el cual es libre de aprobar las leyes que estime más oportunas para conseguir los fines sociales, se ha confundido con la idea de que el legislador, y en concreto el legislador penal, puede aprobar normas penales con cualesquiera contenidos, no importa lo arbitrarios que sean, con la única salvaguarda de respetar la Constitución. Este equívoco ha llevado a que la reflexión jurídico-penal se haya concentrado en introducir racionalidad y rigor discursivo en la aplicación de las leyes, donde ciertamente se han producido notables avances, mientras que ha renunciado a asegurar un proceso racional de toma de decisiones a la hora de crear y dotar de contenido a las leyes que luego habrán de ser aplicadas.

Sin embargo, tenemos derecho a exigir un legislador racional que, sin perjuicio de su autonomía, funde sus decisiones legislativas en un conocimiento previo y cabal de la realidad social sobre la que quiere intervenir, que seleccione los objetivos

a conseguir tras un debate público libre, que realice un análisis riguroso y ponderado de los efectos sociales que está en condiciones de producir con sus intervenciones, y que esté dispuesto a someterse a la evaluación *ex post* de sus decisiones y a la correspondiente rendición de cuentas. Lo contrario, un legislador ignorante, imprevisible, emocional, irracional en suma, da lugar a una adulteración profunda de nuestro Estado de Derecho democrático.

La política criminal oportunista y populista de las últimas décadas tiene su sede principal en los parlamentos. No pretendo ignorar la frecuente tendencia de los operadores jurídicos a ser complacientes con el poder político, pero cuando esta política criminal ha tropezado con resistencias, estas se han localizado mayoritariamente, además de en el mundo académico, en el ámbito de la jurisdicción entendido en sentido amplio. Los aplicadores del derecho conocen bien la realidad sobre la que trabajan y captan fácilmente las insensateces legislativas, pero su resistencia tiene un límite, límite desde luego a mantener, que es su sometimiento a la ley.

De todo eso trata mi libro, ya en su segunda edición, de cómo garantizar un proceso racional de toma de decisiones legislativas penales.

**C.D.P: Conocedores de sus preocupaciones por los delitos contra la integridad sexual, sobre las que versó su tesis doctoral, dada su doble formación de doctor en Derecho y licenciado en Psicología, y como experto en Política Criminal, ¿puede indicarnos su opinión frente a cuál es la política criminal aconsejable para el tratamiento de esa problemática en el mundo actual?**

**Profesor DÍEZ-RIPOLLÉS:** El derecho penal contra la integridad sexual ha sufrido una sorprendente evolución circular en las últimas décadas, que le ha llevado aproximadamente al punto en el que se encontraba a comienzos de los años 60 o 70, según los países, del pasado siglo. Entonces estábamos ante un conjunto de delitos que protegían una determinada moral sexual, restrictiva y poco secularizada, y que castigaba conductas como el adulterio, la homosexualidad, conductas estimadas indecentes o escandalosas, y la denominada fornicación consentida hasta límites de edad relativamente altos. Además, presentaba sesgos muy llamativos, como la exclusiva consideración de la mujer como víctima, la gran significación atribuida a que hubiera penetración vaginal, y la leve punición asignada a las conductas de prostitución incluso no consentidas. Las reformas que se sucedieron en esos años partieron de un nuevo objeto de protección, la libertad sexual individual, que debía garantizarse a cualquier sexo y en cualquier edad con los ajustes pertinentes. Ese nuevo bien jurídico, que reflejaba la liberalización que se había producido en Occidente de los comportamientos sexuales, condujo, desde luego, a la desaparición de un buen número de delitos como los relativos a las infidelidades matrimoniales, los comportamientos indecentes o escandalosos, la mera fornicación, y otros. Pero, además, reestructuró el derecho penal contra la integridad sexual de modo que el acento recayera más en la gravedad del atentado a la libertad sufrido que en la naturaleza del comportamiento sexual realizado; eso explicó, entre otros hechos, que los delitos de prostitución forzada pasaran a ser más



castigados, o que se atenuaran las diferencias punitivas entre las conductas que implicaban o no penetración sexual –en España por un tiempo dejó de utilizarse el término jurídico violación–.

Sin embargo, desde fines de los años 80 del pasado siglo la tendencia empieza a cambiar. Por un lado, se reivindica, con frecuencia desde posturas feministas, el carácter distintivo y muy agravador de la penetración sexual, la cual por lo demás se entiende de un modo cada vez más amplio y desdibujado. Por otro lado, se inicia una negación acientífica de los procesos de aprendizaje sexual de niños y adolescentes, mediante conceptos como los de intangibilidad o indemnidad sexuales que persiguen mantener a tales personas aparentemente alejadas de cualquier influencia sexual hasta bien entradas en la adolescencia. A eso se une la conversión de la delincuencia sexual en un tema estrella de la política criminal contemporánea, y la transformación del delincuente sexual en el correlato de la *bruja* medieval, que cataliza en su persona todos los temores y ansiedades de la sociedad moderna.

Empezando por esto último conviene recordar que, sin ignorar la importante cifra negra existente, especialmente con menores víctimas, la delincuencia sexual no representa un porcentaje significativo de las conductas delictivas: al menos de acuerdo con las cifras europeas, en España nunca ha llegado al 1% de todos los delitos registrados. Y el delincuente sexual, en contra de lo que se cree, tiene uno de los mejores pronósticos de resocialización de todos los delitos contra las personas.

Lo cierto es que en estos momentos, mediada la segunda década del siglo XXI, nuestro derecho penal contra la integridad sexual ha pasado a proteger la moral sexual mayoritaria, sin duda distinta en algunos extremos de la vigente en los años 50 del pasado siglo, pero moral sexual al fin y al cabo. Solo así se explica la enorme ampliación de la punición de comportamientos en que estén implicados menores, reflejado en la fuerte elevación de penas que ese hecho implica, en el castigo autónomo de muy diversas conductas de aproximación a los menores con fines sexuales o de cortejo, o en la punición de las conductas de aprendizaje sexual entre adolescentes y jóvenes, entre otros supuestos. En cuanto a los adultos, el concepto de contradicción con la voluntad de la víctima se amplía hasta límites inasibles, prácticas no violentas ni intimidatorias de cortejo empiezan a entrar en el foco del derecho penal, la posesión privada de materiales de contenido sexual explícito –y no tan explícito– ha pasado a ser comportamiento delictivo, y conductas de prostitución inequívocamente consentida conducen al castigo de prostitutas y clientes.

Lo acabado de decir no pretende ignorar los nuevos riesgos surgidos para la emancipación sexual a partir de fenómenos tan insidiosos como la trata internacional de seres humanos y el acceso irrestricto a las nuevas tecnologías. Pero quiero destacar que ya no es esa emancipación sexual la que impulsa nuestras reformas, sino las ansiedades de una sociedad que desconfía del ejercicio de la libertad individual en este y otros ámbitos.

**C.D.P:** Teniendo en cuenta la especial atención que ha prestado en diversos momentos de su amplia trayectoria académica al asunto de la penalización del tráfico de drogas, ¿cuáles cree que son los *principales* retos planteados a la justicia criminal en esta materia?

**Profesor DÍEZ-RIPOLLÉS:** La decisión política de convertir lo que era un problema de salud pública, el consumo abusivo de drogas, en un problema penal, el control represivo del tráfico y consumo de drogas ilegales, ha sido uno de los grandes errores de la política criminal contemporánea desde la segunda mitad del siglo XX. Los costes producidos superan con creces los beneficios obtenidos, de modo que es un ejemplo paradigmático de decisión político-criminal ineficiente. Ya teníamos experiencia de lo que suponía intentar atajar pautas voluntarias, aunque irresponsables, de consumo de determinadas sustancias mediante su penalización: la ley seca norteamericana sobre el alcohol en las primeras décadas del siglo, pero sirvió de poco. Esta nueva política errónea, que Estados Unidos consiguió, a través de los organismos internacionales y mediante su capacidad de presión política, convertir en planetaria, ha causado sufrimientos individuales y sociales sin cuento, y Colombia como país productor o España como país consumidor son dos entre otros muchos ejemplos, sin olvidar al propio país impulsor de esa política. No hay espacio en esta entrevista para extenderme sobre los efectos negativos de esa política, que afortunadamente ya empieza a ser cuestionada por los propios organismos internacionales.

Debemos volver a un abordaje sustancialmente sanitario de este problema. Lo que exige, primero, despenalizar el consumo donde esté castigado y, a continuación, permitir una producción y comercio legal y controlado de estas sustancias, con restricciones semejantes a las establecidas para medicamentos peligrosos, además de otras adicionales relacionadas con el consumo por menores o personas incapaces. Solo la infracción grave de esas prescripciones deberá ser delito. Y debemos concentrar nuestros esfuerzos en la información y prevención, por un lado, y en un adecuado tratamiento de los abusadores de sustancias, por otro. La gran mayoría de nuestros conciudadanos están en condiciones de entender que el abuso, no el uso, de drogas es un camino que no conduce a parte alguna. Y si a algunos les cuesta excesivo trabajo entenderlo, quizás debamos preguntarnos qué otras carencias, en especial sociales, intentan compensar con ese abuso.

**C.D.P:** ¿Cuáles cree que son las principales dificultades en la lucha contra la delincuencia transnacional? ¿Cómo afrontar estas dificultades?

**Profesor DÍEZ-RIPOLLÉS:** Cuando se habla de la delincuencia transnacional como un problema político-criminal debemos de ser cautos para no caer en una trampa dialéctica. El foco de atención no ha de ser la transnacionalidad de determinada delincuencia, sino la naturaleza de la delincuencia que queremos perseguir y que se desenvuelve también transnacionalmente. Es frecuente que el debate sobre la persecución de la delincuencia transnacional se concentre en tipos de delincuencia tradicionales, a los que se les quiere seguir la pista cuando salen de las fronteras nacionales. Estoy pensando en conductas violentas ligadas al te-

rorismo o a bandas organizadas, tráfico de drogas u otras mercancías ilegales, tráfico de personas...

No digo que eso no deba hacerse, pero hay un tema previo, que suele quedar en segundo plano, y es el de si verdaderamente queremos configurar un derecho penal socialmente imparcial. Eso implica identificar las conductas más dañosas para nuestras sociedades, y hacerlo con independencia de los sectores o clases sociales que con más frecuencia las llevan a cabo. Entonces descubriremos que el derecho penal tiene un importante déficit de intervención en el mundo socio-económico, empresarial, financiero, donde conductas que son delictivas o debieran ser consideradas como delictivas, se sustraen al control penal. Ellas tienen con frecuencia una potencialidad lesiva mayor que la de delincuencia tradicional, por más que no se perciba de una manera tan inmediata, tan visible, como la de los delitos tradicionales.

Alcanzada esa imparcialidad en la identificación de las conductas delictivas y en la graduación de las penas, es el momento de plantearnos si los instrumentos de intervención penal de los que disponemos son suficientes para abordar la criminalidad que se desenvuelve internacionalmente, y entre la que ocupa un lugar destacado esa delincuencia hasta ahora poco resaltada. Sin duda, no debemos cerrarnos a novedosos medios de investigación, persecución y castigo de esas conductas, siempre que esos nuevos instrumentos respeten adecuadamente los principios garantistas propios de nuestro derecho penal moderno. Y desgraciadamente no siempre se está actuando de esa manera. Basten dos ejemplos, ambos desafortunadamente avalados por organismos internacionales: el desmesurado concepto de delincuencia organizada, al que luego se ha unido el de grupo organizado, que han terminado por abarcar casi cualquier supuesto de la delincuencia tradicional. O el inaprehensible concepto de decomiso, que incluye prácticamente cualquier bien o ganancia, por muy alejados que se encuentren de una conducta delictiva o de sus autores.

### **Como estudioso de la Criminología ¿cómo ve usted el estado actual y el rumbo de esa disciplina?**

**Profesor DíEZ-RIPOLLÉS:** La Criminología resulta una herramienta imprescindible para llevar a cabo una buena política criminal. Esta edifica en el vacío si no conoce bien la realidad social sobre la que quiere influir o si no está en condiciones de anticipar los efectos de sus intervenciones. En consecuencia, sus conocimientos son también ineludibles para fundar el derecho penal –sus contenidos de tutela, su sistema de responsabilidad y su sistema de sanciones– sobre bases reales.

La Criminología goza de una excelente salud como disciplina académica y de investigación en cada vez más países. Es cierto que el protagonismo del mundo anglosajón sigue siendo aún muy relevante, pero cada vez hay más actores y colectivos no anglosajones con aportaciones muy relevantes. En Europa, la creación de la *European Society of Criminology* (ESC), con sus muy concurridos congresos anuales, ha sido capaz en pocos años de hacer visibles, poner en contacto y crear redes entre

los grupos de investigación hasta entonces dispersos por todo el continente. Ha constituido un éxito sin precedentes por su rapidez y expansión, pues la sociedad se constituyó y tuvo su primer congreso en 2001. Eso ha dado alas además a otro fenómeno, que es el de la extensión de los estudios oficiales de Criminología, como grado o licenciatura, en numerosos países europeos, lo que sienta las bases para la consolidación de un cuerpo estable de académicos e investigadores que asegure el progreso de la disciplina.

La Criminología europea, además, se ocupa de un número significativamente mayor de temas que aquellos que han solido atraer la atención de la Criminología anglosajona, como se ha destacado incluso por criminólogos norteamericanos –Michael Tonry, entre otros–. Sin perder en ningún momento la aproximación empírica a los problemas de la delincuencia, ha incorporado muchos otros asuntos, que ahora sería largo enumerar. Baste decir que si se me preguntara en qué foro internacional se abordan y debaten más temas de naturaleza político-criminal debería contestar que, ante todo, en los congresos de la Sociedad Europea de Criminología y, luego, en los de la Sociedad Americana de Criminología (ASC). No hay, lamentablemente, foros internacionales procedentes del mundo estrictamente jurídico-penal que sean equivalentes.

Si se me permite opinar, dado el país en el que se me hace esta entrevista, sobre la situación de esta disciplina en Iberoamérica, sería muy deseable que se recuperara el ímpetu que la disciplina llegó a tener en algunos países de América del Sur en los años 90 del pasado siglo. En esos momentos predominó una determinada orientación, la Criminología Crítica, que ciertamente tenía fundados motivos para asentarse en la región, pues ponía de manifiesto el abordaje socialmente sesgado de la delincuencia que se producía en muchos países. Pero no llevó a cabo en número suficiente rigurosos análisis empíricos de la realidad delincuenciales latinoamericana, lo que condujo a que predominaran los enfoques teóricos, fuertemente ideologizados. En estos momentos se está produciendo una eclosión de iniciativas aisladas, con orientaciones diversas, pero en su mayoría apegadas al análisis empírico de la realidad, en muy diversos países iberoamericanos; es fácil apreciarlo por las presentaciones de investigaciones latinoamericanas en congresos internacionales, sin olvidar los contactos cada vez más estrechos con España y otros países europeos. Pero sería necesario dar visibilidad y crear interconexiones entre los núcleos de investigación criminológica iberoamericanos. Quizás la experiencia europea aquí narrada, o la específicamente española, a la que luego aludiré si se me da oportunidad, puedan ser de utilidad.

### **C.D.P. ¿Hacia dónde se dirige hoy la Ciencia del Derecho penal en España?**

**Profesor DÍEZ-RIPOLLÉS:** La Dogmática jurídico-penal española, en lo que concierne a la parte general, experimentó un gran desarrollo desde mediados de los años 60 del pasado siglo y a fines de los años 80 ya poseía, a mi juicio, un nivel muy estimable. Se ha convertido en un lugar común decir que los españoles nos hemos limitado a acoger las ideas dogmáticas alemanas, sin hacer aportaciones significativas, lo que considero una valoración injustificada. Es cierto que nuestro

contacto ha sido y sigue siendo muy estrecho, y que determinados asuntos han alcanzado un importante nivel de profundización gracias a la incorporación de la reflexión alemana. Pero el pensamiento español ha seguido derroteros propios y originales en un buen número de asuntos. Es imposible hacer una enumeración exhaustiva al respecto, pero se pueden apuntar algunos: la fundamentación constitucional del derecho penal desarrollada especialmente por Mir Puig; la reconfiguración de la teoría jurídica del delito a partir de la concepción significativa de la acción iniciada por Vives Antón; la radical eliminación de la responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento; la graduación del injusto, la culpabilidad y la punibilidad mediante el aprovechamiento de previsiones legales tradicionales como las eximentes incompletas y las circunstancias atenuantes y agravantes; el rico y original debate sobre la fundamentación de la categoría de la culpabilidad; la intensa discusión sobre la procedencia y, en su caso, ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas; la fundamentación restrictiva y consecuente empleo limitado de las medidas de seguridad... en fin, esta es una enumeración a vuelapluma, que deja fuera con seguridad otros muchos asuntos donde se han seguido orientaciones propias en la parte general. Además, corrientes alemanas que han tenido un gran eco en otros países, como es el caso del funcionalismo, en España se han recibido con mucha cautela, en especial sus tendencias más radicales.

Pero es igualmente interesante destacar que las generaciones más jóvenes están prestando una especial atención a la Dogmática de la parte especial, es decir, al estudio de los diversos delitos, un fenómeno también apreciable en otros países europeos. Eso está enriqueciendo notablemente la reflexión dogmática en general, no solo porque los conceptos de la parte general se asientan y difunden en las diversas figuras delictivas, sino porque la problemática específica de muchas de ellas obliga a replantearse o completar conceptos de la parte general.

Pero si se me pide que mencione los ámbitos donde realmente se están produciendo las novedades más interesantes en estos momentos he de decir que, en mi opinión, es en el campo de la Criminología y de la Política criminal.

Ya he hablado más arriba del desarrollo de la criminología europea. Conviene ahora destacar que la criminología española está experimentando un crecimiento rápido y de calidad, al que se han incorporado muchos penalistas, en compañía de psicólogos y sociólogos. Los estudios oficiales de Criminología, tras muchos y prolongados esfuerzos, están ya implantados en numerosas universidades en la modalidad de grados y maestrías, y la actividad investigadora se encuentra en expansión. La presencia española en el debate criminológico europeo no hace más que incrementarse por el volumen y relevancia de las publicaciones, con criminólogos españoles ya muy reconocidos. Existe una sociedad muy activa, la Sociedad Española de Criminología, e Institutos o Departamentos de criminología con líneas de investigación bien consolidadas. Resulta aventurado destacar algunas de esas líneas, pues son muy variadas, al igual que sucede en la criminología europea. Pero sí puede decirse que, a diferencia de lo que sucedía en otras épocas, no es una criminología libresca, de oídas, basada en estudios empíricos realizados en otros países, sino que se funda en estudios de campo de muy diverso tipo realizados en

España y centrados en problemas, al menos, españoles. Solo falta que esta eclosión de pensamiento sea debidamente reconocida tanto entre los penalistas como entre las instituciones encargadas de diseñar la política criminal, lo que sucede mucho menos de lo que debiera.

También los estudios de Política criminal están experimentando un florecimiento. En este caso no se debe tanto al impulso prestado por estudios específicos, aunque la disciplina se ha introducido con fuerza en grados y caracteriza algunas maestrías, cuanto al hueco que se ha hecho la dimensión político-criminal en toda investigación jurídico-penal de cierto alcance. En las últimas décadas ha calado entre muchos estudiosos la convicción de que los contenidos del derecho penal, su configuración y su interpretación, precisan de unas pautas o criterios previos que establezcan con nitidez cuáles son los objetivos perseguidos. Esa determinación exige por lo común tener en la cabeza un modelo de sociedad y un modelo de intervención penal acorde con aquel, además de otros conceptos y valores específicos sobre el asunto del que se trate. No es un problema simplemente de bien jurídico protegido, concepto del que tanto se ha abusado y que ha perdido ya capacidad discriminatoria, sino de algo más complejo, de un diseño coherente de intervención social, para el que la criminología nos tiene que suministrar información y el derecho penal algunos de los instrumentos adecuados de actuación. La difusión de estas ideas ha producido abundantes estudios directamente político-criminales sean de tipo general sean centrados en materias diversas y, lo que es más importante, ese interés permea muchos estudios de naturaleza dogmática. A esta evolución han ayudado sin duda iniciativas colectivas influyentes como el Grupo de Estudios de Política criminal.

La ciencia penal española se encuentra hoy en día, por tanto, en un momento prometedor, de creatividad multidireccional. Pero existen nubarrones en el horizonte: por un lado, una universidad cada vez más burocratizada, que exige dedicar cada vez más esfuerzos a tareas de mera gestión o a una docencia de rasgos muy escolares, en detrimento de la investigación. Por otra parte, una sociedad progresivamente desentendida, como ya he explicado, de los aportes expertos a la hora de estructurar la intervención penal.

### **C.D.P. ¿Qué opina usted del estado actual de la Ciencia penal en el continente latinoamericano y, en particular, en Colombia?**

**Profesor Díez-Ripollés:** La pregunta es comprometida. Aunque sigo con atención la actividad científica jurídico-penal latinoamericana, es un territorio muy amplio y plural, y resulta difícil hacer generalizaciones, y más por alguien que, al fin y al cabo, desarrolla su actividad profesional en otra región.

En Iberoamérica ha habido desde hace muchos años una serie de países tractors, que han mantenido un debate jurídico-penal de calidad, entre los que se pueden citar singularmente Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú y Uruguay. En este sentido quisiera hacer una reivindicación de la academia penal latinoamericana, a la que no se le presta la debida atención en Europa a pesar de

que hay aportaciones de sobra que la merecen. Los españoles solemos quejarnos de que nosotros leemos con atención lo que los alemanes publican, pero ellos no adoptan una actitud recíproca con nosotros, con algunas excepciones. Pues bien, en buena medida esa misma crítica es correcta formularla a los españoles respecto a los iberoamericanos. Aunque también es cierto que la interacción entre las varias doctrinas nacionales latinoamericanas deja que desear. Todo eso es una pena, pues la reflexión jurídico-penal en lengua española y portuguesa tiene muchos puntos en común, posee rasgos distintivos y, si se potenciara su intercomunicación, podría mejorar su rendimiento e influir incluso más allá de su ámbito lingüístico.

Dicho esto, me llama la atención un cierto ensimismamiento de la doctrina penal de algunos de esos países, que está especialmente atenta a las últimas corrientes dogmáticas europeas pero no muestra el mismo interés por configurar una intervención penal acorde con las necesidades político-criminales del país respectivo. El sorprendente arraigo del funcionalismo más teórico en países como Colombia y Perú creo que es un buen ejemplo de lo que digo. Nadie discute la necesidad de disponer de las herramientas dogmáticas más elaboradas a la hora de asegurar una correcta aplicación del derecho penal, pero quizás haya que dedicar más esfuerzos a estudiar rigurosamente la realidad delincencial de cada país y las necesidades específicas de política criminal existentes. Solo entonces podremos configurar un derecho penal capaz de abordar el control de la delincuencia de manera justa, imparcial y eficaz.

Y dejo sin consideración, por insuficiente conocimiento, el relevante conjunto de reformas procesales penales que están teniendo lugar en todo el continente. Solo diré que a veces causan la impresión de ser un lecho de Procusto, una horma que se quiere aplicar de modo semejante a realidades distintas a partir de modelos foráneos.

Pero bueno, tómense todas estas ideas, que creo que son también aplicables a Colombia, como una opinión modesta de alguien que no es americano ni reside en América, por lo que estoy dispuesto a ser corregido en todos los renglones.

### **C.D.P: ¿Actualmente tiene usted algún vínculo desde el punto de vista académico con nuestro país?**

**Profesor Díez-Ripollés:** Colombia siempre fue un país muy respetado por la doctrina penal española, pues se consideraba que se podía establecer un debate fructífero de tú a tú entre ambas doctrinas. Conocí, fugazmente, muy temprano a Nodier Agudelo en una visita que hizo a Zaragoza a fines de los años 70, así como a Juan Fernández Carrasquilla y Alfonso Reyes Echandía, en ocasiones diferentes. Pero los vínculos más sólidos se generaron con Fernando Velásquez Velásquez, tras coincidir en Friburgo en los años 80, una amistad que se ha ido reforzando con el tiempo, ampliado a nuestras respectivas familias, y que me ha permitido admirar de cerca su producción científica a lo largo de toda su fructífera carrera académica. Juan Oberto Sotomayor Acosta es algo así como un compadre, que ha pasado largas temporadas colaborando con nosotros en Málaga, que está empe-

ñado en crear un sólido núcleo de reflexión jurídico-penal y criminológico en la Universidad EAFIT de Medellín, y con quien comparto inquietudes político-criminales, unas cuantas cooperaciones académicas, además de una profunda amistad. Hay otros muchos penalistas colombianos, de Medellín y Bogotá especialmente, con quienes me he relacionado a lo largo de estos años, pero su mención sería muy prolija.

Motivo de gozo es ver también los progresos de discípulos colombianos, el primero de los cuales es Luis Vélez Rodríguez quien, tras una larga estancia de formación con nosotros, ha vuelto a Colombia con una brillante carrera académica por delante, a juzgar por lo ya realizado. También podría hablar de los penalistas colombianos que han decidido radicarse en España, con quienes la colaboración es muy estrecha. Pero no me quiero extender. Creo que no exagero si digo que nunca antes ha habido tanto intercambio entre penalistas colombianos y españoles como en la actualidad.

### ¿Qué le gusta de nuestro país?

**Profesor DÍEZ-RIPOLLÉS:** Debería Ud. preguntarme qué es lo que no me gusta de su país. Acabaríamos antes. O al menos preguntarme por lo que aún no he podido disfrutar de su país y desearía hacerlo. Comenzaré por decir que es un país en el que podría vivir de forma permanente, en el que, en circunstancias vitales distintas de las acontecidas, no me hubiera costado apenas radicarme. Eso es algo que, seamos sinceros, un español no puede decir de todos los países iberoamericanos, aunque sí de unos cuantos. De su país me gusta sobre todo su gente, lo que incluye su mestizaje; sus buenos modales, tan distintos de los bruscos españoles; su geografía, paisajes y ambientes urbanos ya vistos, y seguro que también los que me quedan por ver; y su optimismo, energía y afán de superación, que han tenido ocasión de manifestarse en las últimas décadas en circunstancias muy adversas; y, claro, su rico lenguaje, que hace a muchos españoles quedarse embobados escuchando a cualquier campesino colombiano. También hay cosas a las que cuesta acostumbrarse, y que me hace en ocasiones añorar a Europa cuando me encuentro entre Uds., la patente desigualdad social y la inseguridad ciudadana, y creo que las menciono en el orden causal correcto. Ojalá que los acontecimientos que se avecinan, tan prometedores, puedan reorientar los esfuerzos de la sociedad colombiana a superar esos fallos. Pero nada más lejos de mi intención que decirles a ustedes lo que han de hacer con su propio país. Tómese como una mera opinión.

### C.D.P. ¿Cómo ve usted el futuro de las asociaciones internacionales del Derecho penal existentes?

**Profesor DÍEZ-RIPOLLÉS:** Mi experiencia de trabajo con colectivos de juristas es muy positiva, y se extiende por muchos años tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Diría que hay dos tipos de asociaciones de penalistas.

Las primeras son aquellas que restringen el perfil profesional y/o académico, así como el número de sus miembros, con la finalidad de posibilitar debates enriquecedores en su seno sobre asuntos penales. Cuando esos colectivos incluyen a



un porcentaje significativo de los profesionales dedicados a una o varias actividades jurídicas, y son capaces de eludir los debates puramente corporativos, suelen estar en buenas condiciones para acercar posiciones sobre asuntos penales muy diversos y generar opiniones mayoritarias, que luego trascienden fuera del colectivo. Al final no son tan importantes, aunque lo pueden ser, los documentos que se aprueban como el estado de opinión que se extiende a partir de esos grupos. En el nivel nacional son buenos ejemplos el español Grupo de Estudios de Política Criminal o el alemán Grupo de profesores que elaboraron el Proyecto alternativo de Código Penal alemán. A nivel internacional, el colectivo que elaboró el Código Penal tipo para Latinoamérica o el colectivo europeo que propuso el *Corpus iuris* penal de la Unión Europea, entre otros. También alguna asociación internacional de larga tradición y membresía restringida, como la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria –FIPP–, funciona en los últimos tiempos en ese sentido.

Luego están las asociaciones de más amplio espectro, como la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Sociedad Internacional de Criminología, entre otras. En ellas, dado su tamaño, resulta dificultoso llevar a cabo tareas como las de los colectivos precedentes, pero aportan mucho en otro sentido: sus congresos generales, a veces también sus coloquios preparatorios, constituyen un inmejorable muestrario de lo que preocupa en todo el planeta, o en la región correspondiente, sobre los temas objeto de la asociación, y permiten captar y compartir orientaciones e intereses, establecer contactos y colaboraciones, etc.

En suma, creo que ambos tipos de asociaciones resultan imprescindibles para el desarrollo del pensamiento jurídico-penal en sus diversas facetas. A este respecto, es de lamentar la escasez de colectivos del primer tipo que aparentemente se produce en el ámbito iberoamericano, así como la reducida presencia de profesionales iberoamericanos en los segundos. Los que conocemos la productividad latinoamericana en estas materias, echamos en falta los beneficios que una mayor implicación iberoamericana en estos colectivos podrían generar a latinoamericanos y a no latinoamericanos.

### **C.D.P. ¿Cuál es su más grande satisfacción como académico? ¿Por qué?**

**Profesor DÍEZ-RIPOLLÉS:** Con una larga carrera académica a mis espaldas resulta difícil escoger un acontecimiento concreto. Quizás debiera mencionar el día en que obtuve la plaza de catedrático de derecho penal por oposición en la Universidad de Málaga. Lo conseguí a una edad temprana, con 34 años, y dado el sistema universitario español, significaba en buena medida que mi futuro quedaba en mis manos. A partir de ese momento podía dedicarme en exclusiva a la docencia y la investigación, sin tener que preocuparme por unos ingresos económicos aceptables, siempre, claro está, que mi autorrealización personal no pasara por acumular bienes y propiedades, lo que no era el caso. Como todo en la vida, esa situación, que se puede considerar privilegiada en otras latitudes, tiene también sus inconvenientes. El primero es que no tengo excusas cuando se pretenden evaluar mis prestaciones académicas a lo largo de todos estos años. El segundo, que el importante atractivo que siempre ha ejercido en mí la investigación me ha hecho

prestar menos atención de la que se merecía a la actividad forense, la cual, estoy seguro, me hubiera podido aportar mucho.

También me han producido muchas satisfacciones empeños colectivos en los que he podido desempeñar un papel significativo. Es el caso, ya señalado, de la construcción de un importante núcleo de reflexión jurídico-penal en la universidad de Málaga; de la creación del muy activo Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, con especial atención a la sección de Málaga; de la creación y consolidación del Grupo de Estudios de Política Criminal, que de manera ininterrumpida desde hace ya más de un cuarto de siglo constituye un lugar de debate de más de un centenar de profesores y jueces penalistas de signo progresista, con una elevada productividad de propuestas de regulación sobre temas penales problemáticos; de la implantación y desarrollo de los estudios oficiales de Criminología en España; o del reconocimiento de la Política Criminal como disciplina nuclear de las ciencias penales, y que goza de cada vez más practicantes en España. Otras iniciativas están aún pendientes de su consolidación.

Y, por cierto, ¿hay mayor satisfacción académica que releer un trabajo propio, terminado hace poco o mucho tiempo, y concluir que está bien hecho? A veces lo consigo.

### **C.D.P. ¿Quiere contarles a nuestros lectores acerca de sus proyectos académicos actuales?**

**Profesor DÍEZ-RIPOLLÉS:** Afortunadamente, el encontrarme entre un grupo activo y capaz de investigadores en ciencias penales hace que nunca falten objetivos cercanos a cumplir. Pero si he de seleccionar unos pocos, le diría, en primer lugar, que estamos embarcados en un proyecto ambicioso de política criminal comparada, en el que hemos implicado a penalistas de 17 países en un número cercano al centenar. En síntesis, se trata de crear un instrumento que permita, mediante un conjunto de indicadores seleccionados entre nueve grandes sectores de intervención penal, comparar las diversas prestaciones de los modelos nacionales de control penal vigentes en los países del mundo occidental desarrollado. Es especialmente significativo que el criterio de medida y comparación es el grado de exclusión social que los correspondientes modelos nacionales generan sobre sospechosos, delincuentes y exdelincuentes. Nos encontramos ya bien metidos en el proyecto, con algunos resultados provisionales muy esperanzadores.

Además, ya bien avanzada mi carrera académica, no desespere de concluir y agrupar un conjunto de investigaciones que podrían dar lugar a unos Fundamentos de política criminal. No acabo de estar satisfecho del rango epistemológico que se otorga a esta disciplina ni de los contenidos que se le atribuyen. Ya veremos si soy capaz.

Naturalmente la preparación de las sucesivas ediciones de mi manual de “Derecho penal. Parte general”, que pretendo seguir realizando con economía de recursos expresivos y profundidad cada vez mayor, supone siempre un desafío pero al mismo tiempo un motivo de goce. También, tengo en mente una tercera edición

completamente renovada de “La racionalidad de las leyes penales”: el auge que están adquiriendo los estudios sobre el proceso de elaboración de leyes penales y los criterios de racionalidad a respetar me motiva a esa actualización.

Pero, en fin, son muchas cosas. Procuraré hacer aquello de lo que sea capaz sin perder la serenidad, la responsabilidad social y el goce personal.

**C.D.P. Finalmente, Profesor DÍEZ-RIPOLLÉS, díganos el título de cinco obras de Derecho penal que en su opinión no debería dejar de leer ningún estudioso de estas disciplinas.**

**Profesor DÍEZ-RIPOLLÉS:** Seguro que Ud. es consciente de que esta es la respuesta más difícil. Como estamos al final de la entrevista me va a permitir que la responda sin pensar demasiado y sin que el orden exprese nada.

“Fundamentos de derecho penal”, de Winfried Hassemer; “Facticidad y validez”, de Jürgen Habermas; “Vigilar y castigar”, de Michel Foucault; algún buen tratado de la Parte general del Derecho penal, para los que hay muchos candidatos, pero citaré a los de Cerezo Mir, Stratenwerth, Jescheck-Weigend, Mir Puig, Roxin; “La cultura del control”, de David Garland; y, aunque me exceda, una sorpresa, “Das Recht der Gesellschaft”, de Niklas Luhmann. De todas formas, mejor no seguir pensando, pues salen unos cuantos más.

Profesor, queremos agradecerle tanto su amable atención como el gran aporte que nos ha hecho al permitirle a nuestros lectores conocer más acerca de la vida y la obra de un académico tan importante como lo es Usted.

# INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES

La Revista Cuadernos de Derecho Penal, órgano de divulgación científica adscrito al Departamento de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, tiene 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](mailto: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 diri-

gida 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) Sí fuere producto de un proyecto de investigación, se debe indicar el nombre del proyecto del cual proviene el escrito y la entidad que lo financia.
- d) Resumen que no exceda las 120 palabras pero que abarque el contenido del artículo y su correspondiente traducción al inglés (*abstract*).

Al final de los resúmenes, tanto en español como en inglés, deben ir las diez palabras 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 publicación, los textos se someterán a evaluación preliminar del Comité Editorial y Científico, y posteriormente, a dos *pares ciegos*.

El proceso de revisión, dictamen o arbitraje de los artículos postulados a pares ciegos se hará conforme a las siguientes indicaciones:

- a) Todo original será sometido a dictamen por pares académicos (especialistas), 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

- Derecho y guerra: dos enseñanzas. *Juan-Luis Gómez Colomer.*
- La lucha antiterrorista a través de la prisión indefinida. Los casos español y alemán. *Margarita Roig Torres.*
- La participación de las víctimas y el principio de igualdad de armas. *María Isabel Santos Ramos.*
- Los límites a la aplicación del principio de oportunidad y los beneficios punitivos otorgados a las FARC-EP. *Katalina Gaitán Torres.*
- El decomiso de bienes de tercero en España y Colombia. *José Felipe Cuero Solís.*

## DOCUMENTOS

- El momento axiológico en la creación del tipo y su trascendencia en los actos de legislar y de aplicar la ley en materia penal. *Carlos Alberto Jaramillo Restrepo.*

## JURISPRUDENCIA

- La congruencia en el sistema acusatorio. Análisis de las decisiones con radicados 43837, de 25 de mayo de 2016, y 41905, de agosto 3 de 2016, de la Corte Suprema de Justicia. *Carlos Roberto Solórzano Garavito.*

## RESEÑAS Y RECENSIONES

- Quintero, G. (2017). *Pequeña historia penal de España.* Madrid: Iustel, Fernando Velásquez Velásquez.
- Vargas, Á. y Vargas, R. (Comps.) (2017). *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito.* Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Kevin Iván Giraldo Ramos.

## ENTREVISTA

- Profesor Doctor José Luis Díez-Ripollés. *Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.*



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](http://www.usergioarboleda.edu.co)