

cedp

Cuadernos de
Derecho Penal



18



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**

Escuela de Derecho

Departamento de Derecho Penal

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

cdp

Cuadernos de Derecho Penal

18

(Julio-diciembre de 2017)

DERECHO PENAL Y PAZ

Editor:

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

Coordinadores Editoriales:

JOHN E. ZULUAGA TABORDA.

JUAN DAVID JARAMILLO RESTREPO.

Asistente Editorial:

INGRID BIBIANA MUÑETONES ROZO.

Presentación. *Fernando Velásquez Velásquez.*

Doctrina

- La categoría de la punibilidad en el derecho penal español. *José Luis Díez Ripollés.*
- La incorporación de la teoría del bien jurídico en el nuevo orden constitucional. Un análisis sobre sus nexos con el procedimiento abreviado. *Enrique Arteaga Córdoba.*
- La prueba de referencia y su afectación a los derechos de contradicción y confrontación. *Nancy Jeanet del Pilar Martínez Méndez.*
- La responsabilidad patrimonial subsidiaria del Estado en el proceso penal y el tercero civil. *Napoleón Botache Díaz.*

Documentos

- Derecho penal y postconflicto. *Mario Trapani.*
- Manifiesto a propósito de la instauración de la jurisdicción especial para la paz (JEP)

Jurisprudencia

- Porte de estupefacientes, dosis personal y la intención de traficar como elemento esencial de la conducta. *Christian Wolffhügel Gutiérrez.*

Reseñas y reseñaciones

- Londoño, H. (2016). *Sistemas Punitivos y Derechos Humanos. El caso de la comuna 13 de Medellín-Colombia.* Bogotá: Ediciones jurídicas *Andrés Morales.* *John E. Zuluaga Taborda.*
- Volk, K. (2010). *Curso fundamental de Derecho procesal penal [Grundkurs StPO 7 ed.].* (Trad. E. Nanzar, A. Núñez, N. Pastor, D. Sarraýrouse, 2016). Buenos Aires: Hammurabi. *Kevin Iván Giraldo Ramos.*

Entrevista

- Profesor Dr. Dr. h. c. Juan Luis Gómez Colomer. *Fernando Velásquez Velásquez.*



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

cdp

Cuadernos de Derecho Penal

18

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DE DERECHO PENAL No. 18

EDITOR

Prof. Fernando Velásquez Velásquez

COORDINADORES EDITORIALES

Prof. Dr. John E. Zuluaga Taborda

Prof. Mag. Juan David Jaramillo Restrepo

ASISTENTE EDITORIAL

Mag. Ingrid Bibiana Muñetones Rozo

COMITÉ EDITORIAL / CIENTÍFICO

Prof. Dr. José Hurtado Pozo – Universidad de Fribourg, Suiza
Prof. Dr. Alfonso Cadavid Quintero – Universidad EAFTT, 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 Wolffhügel Gutiérrez – Universidad Sergio Arboleda, Colombia
Prof. Dr. Fernando Velásquez Velásquez – Universidad Sergio Arboleda, Colombia

CONSEJO ASESOR

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

CORRECTOR DE ESTILO

Prof. Fernando Velásquez Velásquez
Doctor en Derecho y Ciencias Políticas

DIAGRAMACIÓN

Jimmy F. Salcedo Sánchez

DISEÑO CARÁTULA

Maruja Esther Flórez Jiménez

IMAGEN DE PORTADA

Fotolia.co

Fecha de edición: julio-diciembre 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. Bogotá. D.C.

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

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

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

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

Contenido

I. Presentación	5
II. Doctrina	
La categoría de la punibilidad en el derecho penal español <i>José Luis Díez Ripollés</i>	11
La incorporación de la teoría del bien jurídico en el nuevo orden constitucional. Un análisis sobre sus nexos con el procedimiento abreviado <i>Enrique Arteaga Córdoba</i>	31
La prueba de referencia y su afectación a los derechos de contradicción y confrontación <i>Nancy Jeanet del Pilar Martínez Méndez</i>	55
La responsabilidad patrimonial subsidiaria del Estado en el proceso penal y el tercero civil <i>Napoleón Botache Díaz</i>	95
III. Documentos	
Derecho penal y postconflicto <i>Mario Trapani</i>	123
Manifiesto a propósito de la instauración de la jurisdicción especial para la paz (JEP)	151
IV. Jurisprudencia	
Porte de estupefacientes, dosis personal y la intención de traficar como elemento esencial de la conducta <i>Christian Wolffhügel Gutiérrez</i>	161

V. Reseñas y reseñaciones

Londoño Berrío, H. L. (2016). *Sistemas Punitivos y Derechos Humanos. El caso de la comuna 13 de Medellín-Colombia.*

Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales

John E. Zuluaga Taborda..... 185

Volk, K. (2010). *Curso fundamental de Derecho procesal penal [Grundkurs StPO 7 ed.]*. (Trad. E. Nanzar, A. Núñez, N. Pastor, D. Sarrabayrouse, 2016). Buenos Aires: Hammurabi

Kevin Iván Giraldo Ramos 189

VI. Entrevista

Profesor Dr. Dr. h. c. Juan Luis Gómez Colomer

Fernando Velásquez Velásquez..... 197

I

Presentación

Me complace entregar al público especializado el número 18 de la Revista, en el cual los lectores podrán observar la incorporación como nuevos coordinadores de los profesores, John E. Zuluaga Taborda y Juan David Jaramillo Restrepo en reemplazo del profesor Renato Vargas Lozano, quien, después de una ingente labor, se retiró de la Universidad para emprender otros caminos; a los primeros les doy mi más cordial bienvenida y, al último, mis cálidas gracias por todos sus aportes e incondicional apoyo.

Así mismo, quiero señalar que ahora los contenidos de esta publicación aparecen en algunas bases de datos: *Astrea Virtual*, *vlex* y la red profesional LinkedIn mediante la inclusión en el sitio web *SlideShare*. Con ello, se continúa adelante con el fortalecimiento del proceso editorial y de indexación.

En el espacio destinado a la Doctrina se incluyen cuatro artículos: el primero, intitulado *La categoría de la punibilidad en el derecho penal español* y que es confeccionado por el catedrático español José Luis Diez Ripollés, aborda una importante reflexión sobre la punibilidad como categoría del delito y los elementos que la componen; el segundo, denominado *La incorporación de la teoría del bien jurídico en el nuevo orden constitucional. Un análisis sobre sus nexos con el procedimiento abreviado*, contiene una reflexión del docente universitario Enrique Arteaga Córdoba sobre la materia.

El tercero se ocupa de *La prueba de referencia y su afectación a los derechos de contradicción y confrontación*, que es hechura de la maestra Nancy Jeanet del Pilar Martínez Méndez; el cuarto y último, se denomina *La responsabilidad patrimonial subsidiaria del Estado en el proceso penal y el tercero civil*, escrito por el maestro Napoleón Botache Díaz, quien analiza el espinoso e interesante tema atinente a la vinculación del Estado como tercero civil al interior del proceso penal para garantizar los derechos de quienes han sufrido daños, a causa de delitos cometidos por servidores públicos.

La sección de Documentos, que en este número se vuelve a incluir, contiene una importante reflexión sobre *Derecho penal y postconflicto*, obra del profesor italiano Mario Trapani; un texto crucial para entender el momento por el que atraviesa el país luego del acuerdo de paz firmado en noviembre de 2016 entre el gobierno nacional y el grupo armado FARC-EP, con la consecuente implantación de la jurisdicción especial para la paz. Allí, también aparece el *Manifiesto a propósito de la instauración de la jurisdicción especial para la paz (JEP)* surgido de un grupo interdisciplinario al interior de la Universidad Sergio Arboleda, que busca agitar el debate sobre dicha materia; el mismo ha sido suscrito por muy importantes personalidades nacionales y extranjeras.

En el espacio destinado a la Jurisprudencia, se presenta el comentario crítico a la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 44997 de 2017, intitulado *Porte de estupefacientes, dosis personal y la intención de traficar como elemento esencial de la conducta*, que es autoría del profesor Christian L. Wolffhügel Gutiérrez. Se trata, sin duda, de un llamado de atención a la máxima Corporación a propósito del cambio de postura en torno al entendimiento de los

alcances del delito de porte de estupefacientes que, en sentir del autor, clama por una “relectura” de cara a la práctica judicial.

De igual forma, en la sección de reseñas y recensiones se examinan dos textos académicos de interés: uno, *Sistemas Punitivos y Derechos Humanos*, escrito por el profesor Hernando León Londoño, a cargo de *John E. Zuluaga Taborda*; y, otro, el *Curso fundamental de Derecho procesal penal* del profesor alemán Klaus Volk, realizado por mi asistente académico *Kevin Iván Giraldo Ramos*.

En fin, la habitual sección destinada a entrevistar a grandes profesores que mucho han aportado a estas disciplinas trae en esta oportunidad la amigable conversación tenida con el muy ilustre académico español Juan Luis Gómez Colomer, cuya admirable producción académica ha significado importantes contribuciones a toda Latinoamérica, en especial para aquellos países que incorporan un modelo de justicia penal adversarial como el nuestro.

Así las cosas, solo me resta agradecer a los lectores por su paciencia; a los autores por confiar a este órgano sus trabajos y/o sus experiencias, como sucede con el catedrático entrevistado; también, a los pares evaluadores externos sin cuya tarea este volumen no habría visto la luz y, por supuesto, a los integrantes de los Comités Editorial y Científico y del Consejo asesor por su apoyo. Y, por supuesto, que no en último lugar, a la Universidad que con el señor Rector al frente, el Dr. Rodrigo Noguera Calderón, le apuesta a este proyecto.

Fernando Velásquez Velásquez
Editor.

II

Doctrina

LA CATEGORÍA DE LA PUNIBILIDAD EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

THE CATEGORY OF PUNISHABILITY IN SPANISH CRIMINAL LAW.

*José Luis Díez Ripollés**

Resumen

Este trabajo formula una propuesta sobre el importante papel que debe desempeñar la categoría dogmática de la punibilidad y de los elementos que la componen; como punto de partida el autor aborda las diversas posturas de la doctrina hispana sobre la materia. Ello, justo es decirlo, le permite destacar la utilidad de esa elaboración que, entiende, es un componente esencial del juicio de responsabilidad. A la par, sostiene que la categoría de la punibilidad se estructura en torno a tres valores de utilidad que caracterizan al juicio de responsabilidad: efectividad, eficacia y eficiencia.

Palabras claves

Punibilidad, teoría del delito, juicio de responsabilidad penal, injusto culpable, principio de subsidiariedad.

Abstract

This academic article makes a proposal about the important role that the dogmatic category of punishability and the elements that compose it should have; As a starting point, the author addresses the diverse positions of the Hispanic doctrine on the issue. This, is fair to say, allow to emphasize the usefulness of this elaboration, which understands, it is an essential component of the judgment of responsibility. At the same time, it's argues that the category of punishability is structured around three utility values that characterize the responsibility judgment: effectiveness and efficiency.

Keyword

Punishability, theory of crime, judgment of criminal responsibility, unjust guilty, principle of subsidiarity.

* Catedrático de derecho penal. Universidad de Málaga.

Introducción

El trabajo que aquí presento no procede de un análisis comprensivo del debate sobre la procedencia de la categoría de la punibilidad en la teoría jurídica del delito ni de su eventual contenido. Se trata más bien de formular una propuesta clara, acabada y lo más coherente posible del papel que debe desempeñar la punibilidad como última categoría del delito, y de fundamentar los elementos que la componen. La exposición, por tanto, deja un buen número de asuntos sin tratar, a veces sin siquiera enunciarlos, y la doctrina que considera, de modo no exhaustivo, es especialmente la española.

La preocupación por el estudio de los componentes utilitarios del juicio de responsabilidad surgió para mí hace ya algún tiempo, con motivo de un trabajo relacionado con el aborto, oportunidad en la cual se entró a fondo en el tema al estudiar con algún detenimiento la categoría de la antijuricidad. Sin embargo, fue con motivo de la elaboración de mi *Manual de derecho penal, Parte general* cuando entendí de un modo satisfactorio el lugar que las consideraciones de utilidad deben ocupar en la teoría jurídica del delito (Díez, 1989, p. 69 y ss.; Díez, 2011, pp. 125 y ss.; Díez, 2016, pp. 115-116, 54 y 827). Lo que sigue es una profundización, todavía insuficiente, en esa dirección.

Autonomía

La estructura de la exigencia de responsabilidad criminal.

Una adecuada consideración del papel que juega la categoría de la punibilidad en el juicio de responsabilidad penal obliga a elevar la vista hacia la estructura del sistema de exigencia de responsabilidad criminal; en lo que sigue no vamos a considerar el juicio de peligrosidad criminal, cuya formulación puede dar lugar a la imposición y ejecución de medidas de seguridad, ni el juicio de peligrosidad objetiva que puede originar la imposición y ejecución de las llamadas consecuencias accesorias.

Así, la exigencia de responsabilidad penal implica un *juicio de responsabilidad* de una persona por la realización de un comportamiento: esa persona será *merecedora* de un juicio de responsabilidad criminal si en el comportamiento analizado concurren ciertos elementos que le identifican como una acción u omisión, típica, antijurídica y culpable, y *se necesitará* ese juicio de responsabilidad si se dan en el comportamiento elementos que permiten calificarlo como punible.

La persona que merecida y necesariamente es juzgada penalmente responsable de ese comportamiento queda sometida a la *imposición* de una o varias *penas*. La reacción penal impuesta debe estar configurada de modo que resulte *merecida*, lo que se determina según los principios de humanidad y de proporcionalidad de las penas, y *necesaria*, lo que sucederá si con ella se persiguen adecuadamente algunos de los efectos socio-personales de la pena considerados legítimos. Todo ello debe poderse explicitar a través de las reglas de determinación legal y judicial de la reacción penal.

El juicio de responsabilidad criminal y la consecuente decisión de imponer una pena deben formularse en el marco de un *procedimiento judicial penal*. La mayoría de los elementos constituyentes de ese proceso penal establecen las *condiciones de verificación* de la responsabilidad y la reacción penales, pero ciertos elementos procesales fundamentan o excluyen de forma específica la *necesidad de verificar* esa responsabilidad y reacción penales.

La persona declarada criminalmente responsable y condenada a una pena queda sometida a la *ejecución* de la reacción o reacciones penales impuestas. Su cumplimiento se acomodará a los elementos que establecen las *condiciones de ejecución* de la pena, siempre que no concurran elementos que priven de *necesidad* a la ejecución penal o fundamenten la necesidad de una ejecución distinta. Todo ello se plasma en las reglas penales y penitenciarias relativas a la ejecución penal.

No podemos ahora ocuparnos con más atención del contraste entre los conceptos de merecimiento y necesidad en el sistema de exigencia de responsabilidad criminal. Baste expresar dos ideas: La primera es que estamos hablando de normas secundarias, o de reglas del sistema secundario, pues se trata de pautas dirigidas a los órganos jurídicos de aplicación del derecho. En ese contexto, las reglas de merecimiento aludirán predominantemente a valores últimos, valores de corrección, mientras que las reglas de necesidad se referirán de forma predominante a valores utilitarios, y estarán por ello atentas a las consecuencias que producen (Atienza & Ruiz, 1996, pp. 1-25, 136-141, 178-181). La segunda, es que la sucinta descripción del sistema de exigencia de responsabilidad criminal acabada de hacer no pretende entrar en el debate sobre el sistema integral del derecho penal (Wolter & Freund, 2004). Aunque ciertamente el desarrollo de lo aquí expuesto podría suponer una modesta aportación desde una perspectiva que pretende salvaguardar la estructura clásica propia del sistema.

La punibilidad dentro del juicio de responsabilidad criminal.

Dentro de esa estructura, y concretamente dentro del juicio de responsabilidad penal, la punibilidad constituye la última categoría de la infracción penal, a verificar una vez se ha comprobado la concurrencia de las categorías precedentes. En ese sentido, es una categoría más de la infracción penal, de rango similar a las restantes, con un contenido propio y diferenciado.

Desde luego, no constituye un corolario de la concurrencia del conjunto de categorías previas constitutivas de la infracción penal, de modo que se limite a expresar que, presente una acción u omisión típica, antijurídica y culpable, el comportamiento realizado ya permitiría imponer una pena a su autor, es decir, sería *punible*. Eso supondría en el fondo una tautología, pues las categorías constituyentes de la infracción penal pretenden justamente determinar los presupuestos de responsabilidad por un comportamiento que abren la puerta a la imposición de una reacción penal. La punibilidad sería bajo este punto de vista criticado algo así como la etiqueta final a adherir al comportamiento, mero resultante de la averiguación precedente; criticaron ya esta interpretación de la punibilidad Mayer (2007, p. 16),

Mezger (1935, p. 164), Cerezo, (2008, pp. 313-314, que también rechaza esta interpretación, enumera una serie de autores españoles que, a su juicio, caen en esa tautología).

Admitido que el concepto de punibilidad ha de tener elementos propios, relevantes en la estructura de exigencia de la responsabilidad criminal, otra forma de cuestionar su autonomía es considerar que los elementos a él atribuidos pertenecen en realidad a otra categoría del delito, a los criterios de imposición de pena, o a uno u otro lugar, según los casos. Las tomas de postura en la doctrina española son abundantes sobre este asunto: Valga citar, entre los representantes del primer punto de vista, Cuello (2002, pp. 359-361) del segundo, a Cobo & Vives (1999, pp. 260-262, 431) y, del tercero, a Rodríguez, en comentarios a Mezger (2010, pp. 164-169) y Mir (2016, pp. 153-155). Recientemente se ha propuesto mantener la autonomía del concepto de punibilidad, pero inserto en algún lugar intermedio entre la teoría del delito y la teoría de la pena, aunque mucho más cercano a esta última Mendes (2007, pp. 53-57, 465-504), Manjón-Cabeza (2014, p. 17) y Bustos (2015, pp. 189-200).

Sin embargo, como ya se ha apuntado y se espera demostrar en las páginas siguientes, los elementos de la punibilidad expresan un componente específico del juicio de responsabilidad que no es reconducible a categorías anteriores de la infracción penal. Es más, a semejanza de algunas de esas categorías, esos elementos se estructuran de modo que en ocasiones fundamentan esa categoría, otras la excluyen y a veces la gradúan. Basten como ejemplo ahora la previa declaración judicial de concurso o el incumplimiento regular de obligaciones exigibles en el delito de insolvencia punible del art. 259 (CP), entre los elementos fundamentadores; la inviolabilidad del jefe del Estado o de los parlamentarios de los arts. 56 p. 3 y 71.1 CE, entre los elementos excluyentes; y la atenuante de reparación del daño del art. (21. 5ª CP) entre los elementos graduadores.

Por el mismo motivo tampoco puede aceptarse que la punibilidad esté compuesta de elementos que determinan la imposición de pena o, si se quiere, pertenecientes a la penalidad o teoría de la pena. Como ya se ha visto, esa fase de la exigencia de responsabilidad criminal tiene lugar una vez que la infracción penal está constituida y se puede formular un juicio de responsabilidad. La inserción de esos elementos entre los criterios de imposición de pena implicaría reconocer que los componentes habitualmente atribuidos a la punibilidad no aportan contenido alguno al juicio de responsabilidad, lo que descartaré más adelante.

Finalmente, alguna opinión doctrinal, sin negar que la punibilidad es una categoría de la infracción penal, le atribuye un carácter no esencial, secundario, a diferencia de lo que sucede con las otras categorías. La razón de ello residiría en que los elementos específicos que ella aporta solo se tienen en cuenta en contadas ocasiones: en la gran mayoría de los casos la concurrencia de la categoría se presupone sin necesidad de incorporar elementos adicionales en ella específicamente contenidos (Cerezo, 2008, p. 315; Martínez; 1989, p. 116 y Mapelli, 1990, pp. 53-54,

entre otros). Sin embargo, aunque ello fuera así, entiendo que esta categoría no se diferenciaría significativamente de la antijuricidad, o de los componentes de imputabilidad o exigibilidad presentes en la categoría de la culpabilidad, cuya existencia se afirma en gran medida a partir de la ausencia de las causas excepcionales que las niegan. Además, como se podrá apreciar en la enumeración parcial que se hace más adelante, los elementos de la punibilidad han de ser considerados en el juicio de responsabilidad con relativa frecuencia, tanto de manera general para cualquier figura delictiva como en particulares figuras de delito.

Concepto y fundamento

Como ya se ha expresado, las categorías anteriores a la de la punibilidad se ocupan sustancialmente de precisar si el sujeto, en razón de su comportamiento, es merecedor de un juicio de responsabilidad penal, lo que se materializa en los sucesivos juicios de valor que dan lugar al injusto culpable. Por el contrario, la punibilidad busca determinar si es necesario formular al sujeto un juicio de responsabilidad por el comportamiento realizado; ese juicio de necesidad, dada la configuración analítica de la infracción penal y la relación lógico-necesaria que se da entre las diversas categorías, se formula una vez comprobada la concurrencia del merecimiento de responsabilidad.

La necesidad de formular un juicio de responsabilidad al sujeto por el comportamiento realizado se funda en la utilidad que tal juicio reporta. Mientras que las categorías precedentes han explicitado una secuencia de valores últimos sobre los que fundamentar un juicio de responsabilidad, la punibilidad aporta a la responsabilidad penal una dimensión nueva asentada en valores utilitarios. Ello no quiere decir que las categorías anteriores estén desprovistas en todo momento de consideraciones de utilidad. Estas se integran ocasionalmente en la formulación y operación de las categorías precedentes, pero, a diferencia de lo que sucede en la punibilidad, tienen un papel limitado.

Véanse al respecto, por ejemplo, los que he denominado como *intereses sociales instrumentales* presentes en determinadas causas de justificación específicas (Díez, 2011, pp. 132-134), y en estos momentos apreciables, entre otros lugares, en el estado de necesidad o ejercicio legítimo de profesión médica relativos al aborto (Arts. 13 a 15 LO 2/2010). Sin embargo, no faltan autores que consideran que las reflexiones de utilidad tienen un lugar propio en todas las categorías del delito (Mir, 2016, p. 155; Luzón, 1995, pp. 208-213). Me mostré precavido respecto a la generalizada introducción de tales elementos en las categorías del injusto culpable, aunque no tanto como ahora (Díez, 2011, pp. 134-143; Gracia, 2007, pp. 9-16, rechaza cualquier inclusión de contenidos político-criminales en las categorías del injusto culpable).

A mi juicio la categoría de la punibilidad se plantea si y en qué medida la formulación de un juicio de responsabilidad en el caso concreto sirve a los objetivos perseguidos por la intervención penal, más en concreto por la exigencia de responsabilidad criminal. En ese sentido sale del ámbito conceptual propio del merecimiento de responsabilidad y atiende a si el juicio de responsabilidad cumple

finés insertos en otros lugares del sistema de exigencia de responsabilidad, o incluso fuera de él. La satisfacción de esos fines hará necesario el juicio de responsabilidad y su insatisfacción lo cuestionará, al mismo tiempo que el nivel de satisfacción susceptible de alcanzarse graduará la necesidad del juicio de responsabilidad.

En consecuencia, la categoría de la punibilidad se estructura en torno a tres valores de utilidad, que se explicitan como sigue: el juicio de responsabilidad por el comportamiento realizado debe ser *efectivo*, lo que significa que su formulación sirve al objetivo de cumplimiento de la norma correspondiente o de su aplicación coactiva en caso necesario. El juicio de responsabilidad debe ser *eficaz*, esto es, contribuye a la obtención de los objetivos perseguidos con la intervención penal, en especial la tutela de ciertos bienes o intereses, pero también los límites asignados a la responsabilidad penal y a las reacciones penales. Por último, el juicio de responsabilidad debe ser *eficiente*, lo que ocurre si los intereses satisfechos por ese juicio de responsabilidad están por encima de los intereses que la formulación de ese juicio deja de lado (se ha adherido a mi concepción de la punibilidad, Melendo, 2015, pp. 681-685).

De este modo, la punibilidad introduce en el juicio de responsabilidad un componente pragmático (sobre el contenido e importancia de la racionalidad pragmática en la creación de las leyes penales, y su relevancia a la hora de fijar los contenidos de tutela, el ámbito de la responsabilidad y las sanciones a imponer, Díez, 2013, pp. 91-96) que, sin embargo, debe diferenciarse de otros contenidos semejantes atendidos en lugares distintos del sistema de exigencia de responsabilidad criminal.

Así, tanto la imposición de una reacción penal como su ejecución deben estar condicionadas y moduladas por una valoración de su utilidad, la cual, de todos modos, poseerá contenidos diversos de la valoración de utilidad propia del juicio de responsabilidad. Y lo mismo sucede con el proceso de verificación de la responsabilidad penal y de la eventual reacción penal a imponer, cuya activación y configuración deberá atender a consideraciones pragmáticas que no coinciden con las empleadas en los casos anteriores (véanse *infra*, referencias a componentes de utilidad que se integran en estos otros ámbitos del sistema de exigencia de responsabilidad).

La doctrina jurídico-penal española, empero, fundamenta la categoría de la punibilidad a partir de puntos de vista solo parcialmente coincidentes. Un amplio sector doctrinal considera que la punibilidad abarca contenidos político-criminales o político-jurídicos. Mientras para unos sus elementos dan respuesta a razones de utilidad, oportunidad o conveniencia político-criminales, para otros estamos ante componentes de más amplio espectro, de política-jurídica, que se expresan generalmente como intereses procedentes de otros sectores jurídicos como el derecho constitucional, el derecho de familia, el derecho internacional público, etc. No faltan quienes incluyen tanto unos como otros elementos (García, 1997, pp. 46-48).

A mi entender, hablar de contenidos de política jurídica, diferenciados de los de política criminal, no presta atención al hecho de que variados intereses que por su relevancia se incorporan al derecho penal, pasan a ser entonces intereses político-criminales o, si se prefiere, penales, al margen de su procedencia (Díez, 2011, p. 130; en el mismo sentido, Bacigalupo, 1983, pp. 89-91; García, 1997, pp. 48-49, pp. 312-314; Luzón, 2016, p. 555, entre otros); una observación similar es pertinente en relación con los derechos y deberes extrapenales que se terminan incorporando al ámbito de la causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho del art. 20.7º CP (Díez, 2016, pp. 275-276, 307). En cualquier caso, vincular el contenido de una categoría específica del delito al concepto de política criminal supone escoger una referencia con escasísima capacidad explicativa y discriminatoria en el contexto en el que nos movemos: la política criminal no es solo punto de referencia de todo el sistema de exigencia de responsabilidad criminal, sino que propiamente marca los contornos de todo el derecho penal (véase, en sentido cercano, García, 1997, pp. 311-312 y Melendo, 2016, p. 681); yo mismo abusé en algunas ocasiones, equivocadamente, de la expresión “contenidos político-criminales” para identificar elementos utilitarios insertos en diversas categorías de la infracción penal (Díez, 2011, pp. 521 y ss.). Ciertamente, la mención a que esos elementos de política criminal van referidos a razones de utilidad, conveniencia u oportunidad atenúa algo la crítica anterior, pero en la medida en que no se producen mayores precisiones de su contenido ni se les intenta integrar de forma coherente en el juicio de responsabilidad, resulta una guía insuficiente para fundar y determinar los elementos incluidos o por incluir en la categoría de la punibilidad.

Otro sector doctrinal entiende que la categoría de la punibilidad abarca elementos expresivos de la necesidad de pena, en complemento de los elementos de merecimiento de pena. Así, considera que el merecimiento de pena es un juicio global de desvalor que se plasma en las categorías que han dado lugar al injusto culpable, mientras que la necesidad de pena se refiere a un juicio de utilidad o conveniencia en el que predominan reflexiones sobre los fines de la pena, la idoneidad de esta o el principio de subsidiariedad. Los conceptos de merecimiento y necesidad de pena y el lugar que han de ocupar en el sistema de exigencia de responsabilidad penal han sido objeto de un significativo debate en la dogmática jurídico-penal (véanse en España por todos, y con abundantes referencias también al debate alemán, Díez, 2011, pp. 127-143; García, 1997, pp. 49-57, 315-331; Luzón, 1995, pp. 199-213; en línea con la distinción apuntada en el texto, Martínez, 1989, pp. 108 y ss.; Moreno, 2010, pp. 359-361; Manjón, 2014, pp. 31-32; entre otros. Amplia referencia a la doctrina alemana en este sentido en García, 1997, p. 53).

Desde mi punto de vista la elección de la pena como punto de referencia del juicio de valor de necesidad, al igual que del juicio de valor de merecimiento, resulta improcedente en la configuración del juicio de responsabilidad. Como se ha señalado brevemente al inicio de este trabajo, el juicio de responsabilidad penal precede al de imposición de pena, y en ambos coexisten razones de merecimiento y de necesidad. La indudable importancia del segundo de los juicios no debe llevar a su confusión con el primero, privando a este de su autonomía y prioridad con-

ceptuales. En suma, una categoría de la infracción penal, como es la punibilidad, no puede fundarse en la necesidad que se pueda tener o no para la imposición de la pena, juicio que es posterior y que atiende a objetivos distintos a los vinculados al juicio de responsabilidad. Desde luego, soy consciente de la trascendencia de mi afirmación en cuanto plantea el papel a desempeñar por la teoría de la pena en la fundamentación de la teoría del delito y en la legitimación del derecho penal en su conjunto, por citar solo un par de asuntos afectados; sin embargo, no dispongo aquí de espacio para detenerme algo más en este tema (mi punto de vista en Díez, 2013, pp. 116 y ss., 140-143; Díez, 2007, pp. 280-281).

Por otra parte, el propio concepto de necesidad, como el de merecimiento, de pena se suelen formular en términos muy generales, con poca capacidad explicativa o discriminatoria. Si se les prestara más atención estarían en condiciones de multiplicar sus aportaciones a la teoría de la pena, y de evitar su confusión con las valoraciones presentes en el juicio de responsabilidad (críticamente sobre los conceptos de merecimiento y necesidad de pena, Díez, 2011, pp. 134 y ss.; García, 1997, pp. 324-331); más adelante se apuntan ciertos elementos que deberían integrarse en el juicio de necesidad de la imposición de pena. De todos modos, la crítica precedente no excluye la posibilidad de que determinados elementos de la punibilidad valoren la utilidad de formular un juicio de responsabilidad a partir de las consecuencias que de ello se van a derivar en el juicio de imposición de la reacción penal. Pero siempre se atenderá a las consecuencias que la formulación del juicio de responsabilidad en sí mismo puede tener sobre el juicio de merecimiento y necesidad de imposición de la reacción penal, sin atraer elementos aislados relacionados con el juicio de imposición de pena a esa u otras categorías de la infracción penal.

Alguna opinión doctrinal prefiere identificar el contenido de la categoría de la punibilidad con el principio de subsidiariedad. Este principio es entendido como un juicio utilitario de eficiencia, que determina la admisibilidad de la intervención penal en función de que la relación coste-beneficio sea favorable a ella. A tales efectos hay que tomar en consideración, por un lado, si hay medios menos lesivos que permitan lograr de una manera equivalente o superior el fin de la intervención penal, para lo que hay que escudriñar tanto otras instancias de control social formal disponibles –el derecho civil, el derecho administrativo...–, como las instancias de control social informal. Por otro lado, hay que ponderar los costes adicionales que la intervención penal entraña para otros intereses dignos de tutela. Para esta opinión, el principio de subsidiariedad resulta imprescindible desde cualquier fundamentación del derecho penal que atienda a los fines preventivos de la pena, es decir, que no se limite a asignar a la pena la función de reafirmar la justicia, sino que pretenda evitar la delincuencia futura. En suma, el principio de subsidiariedad permite responder a la pregunta de si el recurso a la pena resulta, pese a la infracción de la norma, superfluo, lo que obliga a incluirlo en el sistema de la teoría jurídica del delito. Como el injusto y la culpabilidad responden a contenidos diversos, y resulta incoherente relegar el principio a la teoría de determinación de

la pena o al derecho procesal, su lugar es la categoría de la punibilidad (García, 1997, pp. 336-385).

La tesis expuesta tiene el significativo mérito de haber introducido en la punibilidad el valor utilitario de la eficiencia, yendo más allá de las referencias genéricas a componentes de conveniencia, oportunidad o utilidad, o a la necesidad de pena. La *eficiencia* sí posee un contenido propio desde el que fundar e interpretar diversas previsiones legales. El propio autor defensor de esta tesis se encarga de demostrarlo, como se verá más adelante. No comparto, sin embargo, la pretensión de reducir la punibilidad a consideraciones de eficiencia. Como ya ha expuesto más arriba, esta categoría de la infracción penal incluye de hecho, y es correcto que incluya, otros elementos utilitarios que se vinculan más bien a los valores de utilidad de la *efectividad* y *eficacia* de la formulación del juicio de responsabilidad. Solo una interpretación amplia de lo que contiene el principio de subsidiariedad permitiría acercar posiciones en este punto. Por otra parte, discrepo de la actitud, que también adopta la opinión en consideración, de atribuir a la categoría de la punibilidad la función de alojar elementos propios del juicio de necesidad de imposición de pena, o de la teoría de la pena, si se quiere. Ya se han expuesto las razones de ello líneas más arriba. Reiteraré que ni es coherente con el sistema de exigencia de responsabilidad criminal, ni es preciso para entender cabalmente los elementos a incluir en la punibilidad. Y todo ello sin perjuicio de los argumentos dados sobre una limitada introducción de componentes utilitarios en las diversas categorías del delito.

Elementos de la punibilidad

Una vez aceptada la categoría de la punibilidad entre las propias de la infracción penal, la determinación de los elementos concretos que pertenecen a ella es algo discutido doctrinalmente. El debate no solo reside en identificar aquellos elementos que no deben integrarse en las categorías del injusto culpable, sino que se extiende también a si, aclarada su no pertenencia al injusto culpable, deben incluirse en la categoría de la punibilidad, o integrarse mejor entre los elementos de la penalidad, sea imposición o ejecución de pena, o entre los elementos de procedibilidad. Vamos a ocuparnos primero de las pautas clasificatorias a utilizar en la categoría de la punibilidad, para luego incluir un significativo número de previsiones legales esparcidas por nuestro código en una clase u otra. En otro apartado aludiremos a los elementos utilitarios que deben insertarse, a nuestro juicio, en otras sedes del sistema de exigencia de responsabilidad criminal.

Criterios clasificatorios.

La clasificación habitual de los elementos de la punibilidad distingue entre condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias.

Las primeras se formulan en términos positivos, quiero decir que su concurrencia en el comportamiento enjuiciado o en el contexto en que se realiza es precisa para que pueda hablarse de punibilidad. Se suele distinguir entre condiciones objetivas

de punibilidad y de mayor punibilidad: Si en el primer caso su concurrencia permite que se pueda cumplir la última categoría del delito y por tanto el juicio de responsabilidad, en el segundo su presencia hace que la punibilidad sea mayor, siendo uno más de los elementos que en nuestro ordenamiento gradúan el juicio de responsabilidad, en este caso a través de la punibilidad. A mi juicio también cabe, no ya imaginar, sino identificar condiciones objetivas de menor punibilidad, usando por el momento esta terminología; es el caso del último inciso del art. 171.3, relativo al delito de chantaje (Díez, 1997, pp. 812-814). De origen alemán es la distinción entre condiciones objetivas de punibilidad propias e impropias (Jescheck & Weigend, 1996, pp. 554-558); estas últimas serían en realidad elementos fundadores o agravadores del injusto que se quieren sustraer a las exigencias de la imputación objetiva y/o subjetiva (han aceptado en España esta distinción conceptual, entre otros, Octavio & Huerta, 1986, pp. 389-394; Mir, 2016, pp. 182-183; Martínez, 1989, pp. 108-118; Faraldo, 2000, pp. 74-75. Con todo, los autores de las dos primeras citas, aunque asumen la distinción, privan de legitimidad a las condiciones impropias; se trata, sin duda, de una distinción incoherente sistemáticamente, que debe ser rechazada).

Las segundas son entendidas como causas excluyentes de la punibilidad y, por tanto, son expresadas en términos negativos: Su concurrencia elimina la punibilidad. Se acostumbra a diferenciar entre excusas absolutorias en sentido estricto y excusas absolutorias sobrevinientes. De este modo, las primeras concurren al tiempo de realización del injusto culpable, mientras que las segundas aparecen tras la ejecución de éste. De nuevo la distinción tiene su origen en Alemania, donde se suele distinguir entre causas de exclusión de la pena y causas de anulación o levantamiento de la pena (Lenckner & Sternberg-Lieben, 2014, pp. 639-641). Con todo, en ese país la procedencia de la distinción se cuestiona por muchos autores al considerarla dogmáticamente irrelevante (Jakobs, 1991, p. 341). La distinción ha servido en España para que ciertos autores excluyan a las segundas de su pertenencia a cualquier categoría del delito, incluida la punibilidad, en la medida en que constituyen un comportamiento postdelictivo (De Vicente, 1985, pp. 315-385; Faraldo, 2000, pp. 147-178, entre otros). Pienso, sin embargo, que la realización del injusto –la consumación o la imperfecta ejecución– no tiene por qué ser la referencia temporal para la posible aparición de todas las restantes categorías del delito; ciertamente lo es para la culpabilidad, pues esta es culpabilidad por el injusto, pero no tiene por qué serlo respecto a la punibilidad (Díez, 2016, p. 548; García, 1997, pp. 44-45).

Siendo esta la opinión más extendida, García (1997, pp. 336-385) ha propuesto una nueva clasificación basada en la fundamentación de la punibilidad en la idea de eficiencia. A su tenor, hace una distribución prácticamente exhaustiva de los elementos atribuibles a la categoría de la punibilidad de acuerdo a seis criterios de eficiencia: el conflicto derivado de la infracción de la norma se resuelve por las partes directamente, ese conflicto se resuelve mejor o igual por instancias de control social informal o por otras instancias de control social jurídico, la propia conducta del autor permite renunciar total o parcialmente a la pena, la pena incorpora cos-

tes excesivos sobre otros intereses dignos de protección, o, finalmente, concurren otros criterios de eficiencia (García, 1997, pp. 295-299).

En mi opinión, la clasificación tradicional se funda básicamente en la distinta estructura formal asertiva o negativa de los elementos incluidos en la punibilidad, con referencias ocasionales a aspectos sistemáticos diversos en cada grupo. En cualquier caso, no se guía por el componente sustancial de cada uno de los elementos abarcados. Por su parte, García (1997, pp. 295-299) agrupa los elementos bajo criterios materiales bien explícitos, al margen de que se puedan compartir o no, pero descuida la configuración formal y sistemática de ellos dentro de la categoría. Mi opción sería la de intentar estructurar los elementos constituyentes de esta categoría del modo más semejante posible a como se procede en las categorías que dan lugar al injusto y a la culpabilidad, atendiendo a aspectos formales y materiales.

De este modo, todos los elementos de la categoría en estudio pueden ordenarse formalmente según sean componentes *fundamentadores*, *excluyentes* o *graduadores* de la punibilidad. Además, creo que todos los elementos de la punibilidad son fácilmente reconducibles a los tres criterios materiales de necesidad del juicio de responsabilidad antes referidos, a saber, la *efectividad*, la *eficacia* y la *eficiencia* de ese juicio de responsabilidad. Y, por último, debe diferenciarse entre los elementos de la punibilidad que son aplicables a todas las figuras de delito y aquellos que solo deben tomarse en consideración en supuestos delictivos específicos, es decir, hay que distinguir entre elementos *genéricos* y *específicos* (Melendo, 2016, pp. 682-685).

Distribución de los elementos de la punibilidad.

La exposición que sigue hará continua referencia al fundamento utilitario de los diferentes elementos mencionados, pero no supone que yo comparta en todos los casos la decisión político-criminal del legislador de introducir tales elementos en nuestra legislación.

La efectividad.

Si se empieza con los elementos que pretenden asegurar la efectividad del juicio de responsabilidad, se observa que no existen elementos genéricos que fundamenten o excluyan la punibilidad desde esa perspectiva utilitaria. Sin embargo, parece razonable atribuir tal objetivo a la atenuante genérica de confesión de la infracción del art. 21. 4ª CP (formulación equivalente tiene la atenuante referida a la responsabilidad de las personas jurídicas del art. 31 quater a)), y a las agravantes genéricas de aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de terceros, y a la de disfraz, del art. 22. 2ª CP siempre que las veamos desde la variante de facilitación de la impunidad. En el primer caso, la efectividad del juicio de responsabilidad se facilita por la conducta posterior al hecho delictivo del propio autor de la infracción, quien asegura con su confesión la aplicación de la norma y aligera la tarea de la administración de justicia. Por el contrario, en las agravantes indicadas la efectividad del juicio de responsabilidad se dificulta en la medida en que el autor de la infracción interpone circunstancias o medios que hacen más di-

fácil el descubrimiento del hecho o la identificación del infractor, condiciones para la aplicación de la norma.

Entre los elementos específicos se pueden mencionar la eximente de denuncia del cohecho por sujeto activo particular del art. 426 CP. También, la atenuante de abandono de actividades delictivas, confesión y colaboración activa, contenida en diferente medida en los delitos contra la salud pública, malversación, terrorismo y organización o grupo criminales de los arts. 376 p. 1, 434 inciso segundo, 579 bis 3 y 570 quater 4 CP, así como la atenuante de denuncia de chantaje en relación con revelación o denuncia de delito castigado con pena de prisión superior a dos años, del art. 171.3 inciso último CP. La eximente del art. 426 hace innecesaria la formulación del juicio de responsabilidad sobre el particular en la medida en que así se asegura la efectiva identificación del funcionario corruptor y la consecuente aplicación de la norma prohibitiva del cohecho a quien tiene una especial capacidad lesiva. La atenuante mencionada en primer lugar aminora el juicio de responsabilidad en tanto en cuanto el sujeto responsable facilita el cumplimiento de las normas implicadas o su aplicación coactiva, en suma, su efectividad, a través de su renuncia a proseguir con la actividad delictiva, su ayuda para impedir futuros delitos, su confesión, o el auxilio que presta para identificar o capturar a otros responsables; la formulación de la atenuante no es la misma en todos los casos, por lo que destaco los elementos básicos y no me detengo tampoco en la interrelación entre las diversas exigencias. Por otra parte, el juicio de responsabilidad por el delito sometido a chantaje no precisa ser tan intenso si a cambio se asegura una efectiva aplicación al chantajista de la norma que está violando; por supuesto, en la medida en que la efectividad va referida a otro delito, se podría hablar también de una razón de eficiencia en lugar de una de efectividad.

La eficacia.

Entre los elementos que atienden a la eficacia del juicio de responsabilidad tenemos un elemento genérico, la atenuante de reparación o disminución del daño del art. 21. 5^a CP; a la misma idea responde la atenuante del juicio de responsabilidad de personas jurídicas del art. 31 quater c). En este caso se hace innecesario un juicio de responsabilidad de intensidad plena en tanto que la conducta posterior del autor logra salvaguardar parcial o totalmente el interés que quiere proteger la norma. Esa eficacia en la protección del bien tutelado es, de todos modos, limitada, pues el comportamiento delictivo no ha respetado la incolumidad del bien, y esta se ha de recuperar, plena o parcialmente, posteriormente.

Hay abundantes elementos específicos excluyentes o graduadores de la necesidad del juicio de responsabilidad en razón de la eficacia ya lograda en la obtención de los objetivos perseguidos por la intervención penal. Entre los elementos específicos excluyentes cabe citar la regularización de cantidades defraudadas o reintegro de subvenciones obtenidas fraudulentamente, en los delitos contra la hacienda pública de arts. 305.4, 307.3 y 308.5 CP; la rectificación de la declaración incompleta o mendaz de bienes o patrimonio en un procedimiento ejecutivo, de art.

258.3 CP; la revelación de los delitos de rebelión o sedición a tiempo de evitar sus consecuencias, de arts. 480.1 y 549 CP; la retractación oportuna de falso testimonio en causa criminal, de art. 462 primer inciso CP; la convalidación de matrimonio inicialmente inválido de art. 218.2 CP. En los dos primeros grupos de supuestos se estima que la tardía aportación de las cantidades defraudadas o declaración de los bienes ocultados satisface suficientemente los objetivos perseguidos por la intervención penal y hace innecesario el juicio de responsabilidad, en los siguientes casos ese juicio es innecesario dado que el comportamiento posterior del autor intenta prevenir mayores daños al interés ya lesionado o daños a otro, y en el último caso se considera lograda la eficacia de la intervención penal dada la recuperación posterior de la incolumidad del interés protegido aun sin la intervención del autor.

Entre los elementos específicos graduadores de la necesidad del juicio de responsabilidad destacan un conjunto de atenuantes que resaltan la eficacia parcial ya obtenida en la consecución de los objetivos de la intervención penal. La atenuante de reparación aplicable a todos los delitos relativos a ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente, del art. 340 CP, la atenuante de reparación en delitos de malversación, del art. 434 inciso primero CP, y la atenuante de retractación en los delitos de injuria y calumnia, del art. 214 p. 1, responden al mismo fundamento utilitario que el atribuido a la atenuante genérica de reparación o disminución del daño del art. 21. 5ª CP. La atenuante de restitución o depósito de menor o discapacitado no presentado a titulares de guarda o inducido a abandonar el domicilio familiar, del art. 225 CP, la atenuante de retractación de falso testimonio en causa criminal con previa privación de libertad, del art. 462 segundo inciso CP, y la atenuante de deposición de armas, disolución o sometimiento a la autoridad de rebeldes y sediciosos, de arts. 480.2 y 549 CP aminoran la necesidad del juicio de responsabilidad en la medida en que el comportamiento posterior del autor previene mayores daños al interés ya lesionado o daños a otro.

La medida en que las eximentes de los arts. 480.1, 549 y 462 inciso primero CP, así como las atenuantes de los arts. 480.2, 549, 225 en relación con 223, y 462 inciso segundo pueden calificarse como supuestos peculiares de desistimiento referido al agotamiento del delito no puede analizarse aquí. En cualquier caso, esa naturaleza jurídica no sería obstáculo para clasificarlas en este lugar sistemático (véase respecto a alguno de estos supuestos, Díez, 2004, pp. 1186-1187).

La eficiencia.

Elementos genéricos que se ocupan de la eficiencia del juicio de responsabilidad son aquellos que establecen la no necesidad de formular un juicio de responsabilidad por la realización en el ejercicio de sus funciones de cualquier comportamiento injusto y culpable a personas que detentan, o han detentado, ciertos cargos. Me refiero a las eximentes de inviolabilidad referidas, entre otros supuestos, al jefe de Estado, los parlamentarios, los magistrados del tribunal constitucional, el defensor del pueblo y el personal diplomático y consular; las previsiones legales están contenidas en los arts. 56.3 y 71.1 CE, art. 22 LO 2/1979, art. 6. 2º y 4º de LO 3/1981,

arts. 31.1 y 39.2 inciso final de Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961, y arts. 43.1 y 53.4 de Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963, respectivamente.

En un cálculo de eficiencia, el interés en que se aplique o se cumpla la norma penal mediante la formulación de un juicio de responsabilidad cede ante otros intereses, diversos, vinculados al ejercicio del cargo. Estos pueden ser los de mantener al jefe del Estado fuera de la contienda política, asegurar la libre formación de la voluntad parlamentaria, garantizar el libre ejercicio de altas funciones de control jurisdiccional o administrativo, o representar adecuadamente al estado acreditante. Incluso la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP en su aplicación como atenuante se puede pensar que reduce la intensidad del juicio de responsabilidad por razones de eficiencia semejantes a las que expondremos más abajo respecto al art. 268 CP (una posible interpretación en ese sentido, en Díez, 2016, p. 500).

Entre los elementos específicos que introducen un criterio de eficiencia destaca el art. 259.4 CP, el cual fundamenta la necesidad del juicio de responsabilidad en que el autor del injusto culpable haya llegado ya a una situación de insolvencia persistente o, en su defecto, se haya producido una declaración de concurso, ya que, en caso contrario, todavía el interés en superar la crisis económica, con los efectos beneficiosos que ello reportaría a acreedores y terceros, predomina sobre el interés en aplicar la norma penal. Por su parte, la eximente por razón de parentesco en determinados delitos contra el patrimonio, siempre que no haya concurrido violencia, intimidación o abuso de vulnerabilidad, del art. 268 CP, expresa que el interés en formular el juicio de responsabilidad al autor del delito no compensa los perjuicios que ello causará a otros intereses familiares y sociales. También la atenuante de falta de reciprocidad referida a delitos contra el derecho de gentes, del art. 606.2, considera que el interés en formular al autor un juicio agravado de responsabilidad por el injusto culpable realizado decae si en el derecho del país de la persona ofendida no se considera agravado ese mismo injusto culpable.

Otros elementos utilitarios en la estructura de exigencia de responsabilidad criminal

No es objeto de este trabajo seguir la pista a los restantes elementos utilitarios que se distribuyen por otros lugares del sistema de exigencia de responsabilidad penal. Sin embargo, a efectos de consolidar la implantación de la perspectiva utilitaria en toda la estructura de demanda de responsabilidad criminal, al igual que para marcar diferencias con otros elementos ya vistos pertenecientes al juicio de responsabilidad, vamos a proceder a unas consideraciones adicionales.

Los elementos utilitarios de la penalidad.

Los elementos que tanto en la imposición como en la ejecución de la reacción penal atienden de modo predominante a la necesidad de esa imposición y ejecución son muy numerosos, y su estudio es propio de la teoría de la pena. Se encuentran distribuidos entre las reglas de determinación legal y judicial de la pena, así como entre las reglas penales y penitenciarias de ejecución penal.

Entre los preceptos que atienden a la necesidad de *imposición* de la pena podríamos citar algunos ejemplos, ni siquiera los más relevantes. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, del art. 53 CP, se suele fundar en el principio de inderogabilidad de la pena, una forma de decir que hay que asegurar la *efectividad* de la imposición de la pena consecuencia del juicio de responsabilidad formulado. La previsión del art. 71.2 CP de sustituir la pena de prisión resultante inferior a tres meses por otro tipo de pena está claramente influida por la *ineficacia* de esa pena de prisión corta para resocializar, o al menos no desocializar al delincuente. La norma, del art. 89.1 CP, que sustituye la pena de prisión superior a un año y no superior a cinco años impuesta a un extranjero por la medida de expulsión del territorio nacional, considera en la mayoría de los casos más *eficiente* aprovechar el juicio de responsabilidad penal del que se ha hecho acreedor el extranjero para asegurar una política migratoria restrictiva que para lograr determinados efectos socio-personales de la pena.

Lo mismo puede hacerse con las provisiones o instituciones legales que atienden de modo predominante a la necesidad de la *ejecución* de la reacción penal. Es el caso de las diversas modalidades de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, de arts. 80 a 87 CP, o de la suspensión de la ejecución del fallo, anulación, sustitución o reducción de medidas durante la ejecución, o modificación del lugar de ejecución de esas medidas, de los arts. 14, 40 y 51 de LO. 5/2000 de responsabilidad penal de los menores, trufadas todas ellas de consideraciones sobre la *efectividad*, *eficacia* y *eficiencia* de la ejecución de esas penas o medidas. En este lugar resulta oportuno destacar que una buena parte de las denominadas causas de extinción de la responsabilidad criminal, enumeradas y reguladas en los arts. 130 y ss. CP, fundan su existencia en gran medida en razones de necesidad de ejecución de la pena: el indulto del art. 130.1.4º CP se funda en razones que tienen que ver con la pérdida o disminución de la *eficacia* de la ejecución de la pena impuesta debidas a la sobrevenida ausencia de necesidades preventivas o, por el contrario, a la salvaguarda de otras, o con la mayor *eficiencia* de la no ejecución de la pena, junto a algún otro fundamento no utilitario. La prescripción de la pena, del art. 130. 1. 7º CP, se funda en que el plazo de tiempo transcurrido hace que la ejecución de la pena ya no es *eficaz*, o es poco eficaz, para obtener los fines preventivos perseguidos. La remisión definitiva de la pena suspendida de prisión, del art. 130.1. 3º CP, expresa que la satisfacción por el suspenso de las condiciones impuestas, con sus efectos preventivos anejos, ha sustituido con éxito a la eficacia que se podría lograr con la ejecución de la pena de prisión suspendida. Y, ciertamente, si el delincuente condenado muere, variante de art. 130.1. 1º CP, ya no resulta *efectiva* la ejecución de la pena impuesta o que le quedaba por cumplir. No es este lugar para profundizar en el fundamento y naturaleza de las causas de extinción; baste decir que, a mi juicio, como ya he expuesto y argumentado en otro lugar (Díez, 2016, pp. 829 y ss.), constituyen predominantemente, según los casos, bien elementos que excluyen la necesidad de ejecución de la pena, bien elementos que excluyen la necesidad de verificar la responsabilidad y reacción penales.

Los elementos utilitarios de procedibilidad.

Al momento de la verificación de la responsabilidad y reacción penales nos encontramos, junto a reglas que determinan la corrección del procedimiento penal, con otras que atienden a si es necesario llevar a término, o en qué condiciones, el procedimiento penal. Vamos aquí a recuperar la distinción entre elementos genéricos, aplicables en cualquier procedimiento penal, y elementos específicos, que afectan al enjuiciamiento de determinadas conductas delictivas.

Entre los primeros puede considerarse que atienden a la *efectividad* de la persecución penal la responsabilidad escalonada en delitos cometidos por medios de comunicación social, del art. 30 CP, en la medida que asegura que el procedimiento se va a dirigir contra alguien, y la causa de extinción de la responsabilidad por muerte del delincuente sin condena firme, variante del art. 130.1. 1º CP, que refleja la ineffectividad que afronta el procedimiento. En la causa de extinción de la responsabilidad por prescripción del delito, del art. 130.6º CP, y en la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21. 6ª CP la tardía verificación de la responsabilidad y de la sanción hace que los objetivos perseguidos e intereses a respetar por la potestad jurisdiccional y, por tanto, su *eficacia*, queden en entredicho, al margen de razones complementarias ligadas a la necesidad de imposición de pena. Las inmunidades del jefe de Estado, de los parlamentarios, de jueces y magistrados, del defensor del pueblo, del personal diplomático y consular, entre otros, establecen limitaciones a la persecución penal claramente inspiradas en razones de *eficiencia*, dada la presencia de otros intereses ligados al cargo, dignos de consideración. A este respecto, véanse los arts. 56.3, 57.5 y 71.2 CE, 11 a 14 de Rgl. Congreso de 1982, 22 de Rgl. Senado de 1994, arts. 398 y ss. LOPJ, art. 6. 3º de LO 3/1981, art. 39.2, de Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961, y arts. 41.1 y 2 de Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963, respectivamente

La no persecución de oficio, sino mediante denuncia o querrela, de determinados delitos presta también atención a otros intereses, singularmente de la víctima, que se estima que pueden primar sobre los de la persecución penal (así, entre otros, en determinados delitos contra la integridad corporal, contra la libertad sexual, contra el honor, contra la seguridad de menores, contra la intimidad, arts. 147.4, 191.1, 215.1, 228, 201.1 CP, respectivamente), y algo similar ocurre con la causa de extinción de la responsabilidad del perdón del ofendido, del art. 130. 1. 5º en los delitos para los que rige. Por su parte, el desistimiento por la fiscalía de la incoación de expediente, o su sobreseimiento, en delitos cometidos por menores, de arts. 18 y 19 LO 5/2000, atiende a la no necesidad de iniciar o concluir el procedimiento, sea porque la actuación posterior del menor ha salvaguardado de manera suficiente el interés protegido por la norma, sea porque los objetivos perseguidos sobre el menor susceptible de ser declarado responsable se satisfacen mejor o adecuadamente sin que medie esa declaración.

Más brevemente, podemos citar como elementos específicos la exigencia de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento o archivo firmes para proceder de

oficio contra el denunciante o acusador falsos, del art. 456.2 CP, inspirada en el aseguramiento de la *efectividad* del procedimiento. La certificación de haber celebrado o intentado celebrar acto previo de conciliación para poder presentar querrela por delitos de injuria o calumnia, del art. 804 LECrim, fundada en la constatación de que no se pueden lograr *eficazmente* los objetivos de la norma penal prescindiendo de la verificación de la responsabilidad del autor. Razones de *eficiencia* están tras la potestad de renunciar a la persecución del delito objeto de chantaje a cambio de la denuncia y consecuente persecución de éste, de art. 171.3 primer inciso CP, la previa licencia de juez o tribunal para perseguir calumnia o injuria vertida en juicio por él conocido, de art. 215.2 CP, o el posible ejercicio de la acción penal por el ministerio fiscal mediante querrela o denuncia, según los casos, en delitos en principio no perseguibles de oficio, de los arts. 191.1, 201.1 inciso 2, 228, 267 p. 2, 287.1 inciso 2 CP, entre otros.

Recapitulación

He procurado demostrar que el concepto de necesidad, distinto al de merecimiento, está presente en todas las fases del sistema de exigencia de responsabilidad criminal. Por consiguiente, no solo al momento de formular el juicio de responsabilidad, sino también en los juicios de imposición o ejecución de la reacción penal, así como en el juicio de verificación de la responsabilidad y de la reacción penales.

He intentado además dotar de contenido material a ese juicio de necesidad, lo que he hecho a partir de los conceptos pragmáticos de efectividad, eficacia y eficiencia, conceptos los tres que pueden desenvolver sus prestaciones en los cuatro juicios del sistema de exigencia de responsabilidad criminal reseñados, por más que acomodados al contexto valorativo del juicio correspondiente en el que en cada caso se insertan.

Por lo que se refiere al primero de los juicios, el de responsabilidad criminal, la idea de necesidad encuentra cobijo, salvo limitadas excepciones, en la categoría del delito de la punibilidad. Esta categoría ha de entenderse como una categoría autónoma del concepto de delito, al mismo nivel que las restantes, y dotada de un rico contenido.

A lo largo de este estudio me he detenido en mostrar cómo los conceptos utilitarios de efectividad, eficacia y eficiencia explican convincentemente la existencia de numerosos elementos que fundamentan, excluyen o gradúan la punibilidad, dentro del juicio de responsabilidad. También he mostrado cómo esos conceptos pragmáticos justifican abundantes elementos de los juicios de imposición y ejecución de la reacción penal, y del juicio de verificación de la responsabilidad y reacción penales.

Referencias

Atienza, M. & Ruiz, J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.

- Bacigalupo, E. (1983). *Delito y punibilidad* (1 ed.). Madrid: Civitas.
- Bustos, M. (2015). Más allá del injusto culpable: Los presupuestos de la punibilidad. *Estudios penales y criminológicos* 35, 189-238.
- Cerezo, J. (2008). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires-Montevideo: B de F.
- Cobo, M. & Vives, T. (1999). *Derecho penal. Parte general* (5 ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cuello, J. (2002). *El derecho penal español. Parte general* (3 ed.). Madrid: Dykinson.
- De Vicente, J. (1985). *El comportamiento postdelictivo*. España: Publicaciones Universidad de León.
- Díez, J. L. (1989). El art. 417 bis del Código Penal y su naturaleza jurídica. J. Díez-Ripollés (Coord.), *La reforma del delito de aborto. T. IX Comentarios a la legislación penal* (pp. 59 ss.), Madrid: Edersa.
- Díez, J. L. & Gracia, L. (Coords.) (1997). *Comentarios a la Parte especial. I*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez, J. L. (2004). *Comentarios al código penal. Parte especial II*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez, J. L. (2007). *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas* (2 ed.). Buenos Aires-Montevideo: B de F.
- Díez, J. L. (2011). *La categoría de la antijuricidad en derecho penal* (2 ed.). Buenos Aires-Montevideo: B de F.
- Díez, J. L. (2013). *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría* (2 ed.). Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Díez, J. L. et al. (2016). *Derecho penal español. Parte general* (4 ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Faraldo, P. (2000). *Las causas de levantamiento de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García, O. (1997). *La punibilidad en el derecho penal*, Madrid: Aranzadi.
- Gracia, L. (2007). Nota preliminar. E. Mendes De Carvalho, E. *Punibilidad y delito* (pp. 9-16). Madrid: Reus.
- Jakobs, G. (1991). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (2 ed). Berlin: Walter de Gruyter.
- Jescheck, H. H. & Weigend, Th. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (5 ed.). Berlin: Duncker & Humblot.
- Lenckner, T. & Sternberg-Lieben, D. En Schönke & Schröder (2014). *Strafgesetzbuch Kommentar* (29 ed.). Berlin: Verlag C. H. Beck.

- Luzón, D. M. (1995). La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. En D. M. Luzón & y S. Mir (Coords), *Causas de justificación y atipicidad en derecho penal* (pp. 199-214). Madrid: Aranzadi.
- Luzón-Peña, D. M. (2016). *Lecciones de derecho penal. Parte general* (3 ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Manjón, A. (2014). *Las excusas absolutorias en derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez, C. (1989). *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Edersa Editoriales de Derecho Reunidas.
- Mapelli, B. (1990). *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Ministerio de justicia, Centro publicaciones.
- Mayer, M. E. (2007). *Derecho penal. Parte general* (trad. S. Politoff y J. L. Guzmán). Buenos Aires-Montevideo: B de F.
- Melendo, M. (2015). Lección 25. En J. Nuñez, J. Lacruz, M. Mariano y A. Gil. *Curso de derecho penal. Parte general*. (2 ed.) Madrid: Dykinson.
- Mendes, E. (2007). *Punibilidad y delito*. Madrid: Reus.
- Mezger, E. (1935). *Tratado de derecho penal* (trad. J. A. Rodríguez Muñoz), t. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Mir, S. (2016). *Derecho penal. Parte general* (10 ed., 2 reimp.). Barcelona: Reppertor.
- Moreno, M. R. (2010). Tema 21. J. Zugaldía. *Fundamentos de derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Octavio, E. & Huerta, S. (1986). *Derecho penal. Parte general* (2 ed.). Madrid: Rafael Castellanos.
- Rodríguez, J. A. (1935). Comentarios, en Mezger, E. *Tratado de derecho penal*, t. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Wolter, J. & Freund, G. (Eds.) (2004). *El sistema integral del derecho penal: Delito, Determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.

LA INCORPORACIÓN DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN EL NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL. UN ANÁLISIS SOBRE SUS NEXOS CON EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

THE INCORPORATION OF THE THEORY OF THE LEGALLY PROTECTED INTEREST IN THE NEW CONSTITUTIONAL ORDER. AN ANALYSIS OF ITS NEXUS WITH THE ABBREVIATED PROCEEDING.

*Enrique Arteaga Córdoba**

Resumen

Este trabajo hace un análisis político-criminal del derecho penal como *ultima ratio*, con un enfoque procesal penal en lo atinente al rito penal abreviado; ello se logra gracias a un estudio general sobre la teoría del bien jurídico que se aterriza a la problemática específica de la formación de las leyes. Además, examina los antecedentes de la incorporación del procedimiento abreviado y el acusador privado a la Constitución y a la ley colombianas, a cuyo efecto –y a partir de una óptica utilitarista– hace un análisis comparado de la normativa nacional con las legislaciones española y chilena.

Palabras claves

Ejercicio de la acción penal, acusador privado, procedimiento abreviado, principio de lesividad, teoría del bien jurídico.

Abstract

This article makes a political-criminal analysis of criminal law as *ultima ratio*, with a criminal procedural approach in relation to the abbreviated criminal procedural; this is achieved thanks to a general study on the theory of 'legally protected interest' that is grounded in the specific problematic of the formation of laws. In addition, it examines the antecedents of the incorporation of the abbreviated procedure and the private accuser to the Colombian Constitution and Law, for which purpose - and from a utilitarian perspective - it makes a comparative analysis of the national regulations with the Spanish and Chilean legislations.

* Especialista en Derecho Constitucional, Derecho Penal; Magister en Derecho Penal y Justicia Transicional; candidato a Doctor en Derecho. Docente Universitario en pregrado y posgrado; actual Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito (Valle del Cauca).

Keywords

Practicing of criminal action, private accuser, abbreviated procedure, harm principle, theory of legally protected interest.

Introducción

Por primera vez en la historia del constitucionalismo colombiano contemporáneo las construcciones propias de dogmática penal han sido incorporadas en el orden superior, esta vez a través de una de sus instituciones más importantes como lo es la teoría del bien jurídico. Se trata, sin duda, de un nuevo paradigma que trae consigo la desmonopolización del ejercicio de la acción penal en cabeza del Estado, cuando la naturaleza del bien jurídico involucrado en la pretensión punitiva permita a su titular defender directamente su lesión o amenaza de lesión con su intervención en el proceso penal; con tales fines, se considera que la víctima u otra autoridad pueden recibir del legislador la delegación expresa para el adelantamiento del proceso penal correspondiente. En ese contexto, con este trabajo se pretende dar respuesta al siguiente interrogante: ¿cuáles fueron los elementos dogmáticos que llevaron al legislador a correlacionar el principio de lesividad con el procedimiento abreviado?

Por ello, y con el fin de lograr ese propósito, esta incursión académica explora –en primer lugar– los antecedentes de orden político criminal que inspiraron la inclusión del principio de lesividad en la Constitución; así mismo, en segundo lugar, se hace un análisis del posible nexo existente entre el procedimiento abreviado y la teoría del bien jurídico. Igualmente, en tercer lugar, se realiza un estudio en torno a las posibles discusiones que en el orden constitucional se llevaron a cabo por parte del legislador para, finalmente, incluir la teoría del bien jurídico. Así mismo, en cuarto lugar, se aborda la evolución histórica de la teoría del bien jurídico y se hace una breve caracterización de su concepción contemporánea; por último, en quinto lugar, se lleva a cabo un estudio más a fondo de los antecedentes que en el orden legislativo se tuvieron en consideración para abreviar o simplificar el trámite del procedimiento penal frente a algunas conductas delictivas, y se trata de precisar si –en verdad– este cambio permite a las víctimas un fácil acceso a la administración de justicia. Al final, se plasman las conclusiones de esta incursión académica.

La constitucionalización del principio de lesividad penal. Antecedentes de su incorporación

El Acto Legislativo 06 de 2011 arrimó al artículo 250 de la Constitución Política el parágrafo 2º, cuyo tenor literal es el siguiente:

Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar de forma preferente.

Como se puede observar, desde la perspectiva político criminal la voluntad del constituyente se orientó a desmonopolizar el ejercicio de la acción penal en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, y, para tal efecto, se condicionó el ejercicio de la acción penal por parte de la víctima u otra autoridad cuando la naturaleza del bien jurídico involucrado en la transgresión de la norma penal y su nivel de afectación, simplemente sean de proporciones menores y el consubstancial trámite del proceso no siempre deba ser adelantado por el organismo acusador. Postularlo no ofrece mayores repercusiones en apariencia porque, a primera vista, es factible detectar una serie de comportamientos criminógenos cuyo impacto social no es mayor tal como ocurre con las lesiones personales de menor entidad, el abuso de confianza, el hurto simple o la injuria y la calumnia, por ejemplo. Por lo menos, en esta clase de conductas la concreción tanto del daño como la identificación del titular del bien jurídico son fácilmente aprehensibles.

Lo expresado es consecuente con la dialéctica que inspiraba la obra de Birnbaum, para quien la lesión o puesta en peligro de un bien, o, si se quiere, la consumación o carácter tentado de un comportamiento caracterizado como delito, necesariamente se predicen de una persona (Fernández, 2004, p. 16). De ahí, entonces, que a la luz de la teoría del bien jurídico cuando un tercero afecta el patrimonio de un individuo, su integridad personal o su integridad moral, es el titular del bien jurídico –y nadie más– quien pueda activar el funcionamiento del aparato Estatal; parece claro, entonces, que el nuevo modelo de enjuiciamiento criminal faculta a este –por regla general– para que promocióne actos que redunden en la defensa de sus intereses.

Es igualmente sensato suponer que, a partir de esta premisa de orden constitucional, el legislador opta por incorporar la llamada figura del acusador privado y establece un procedimiento abreviado para la judicialización de aquellos casos en los que no es necesario invertir demasiados recursos públicos para la investigación, judicialización y sanción de una conducta delictiva. En apariencia, la postulada coherencia de este nuevo esquema procedimental radica en que si el bien jurídico por su naturaleza y nivel de afectación, se puede tutelar a través de mecanismos menos onerosos, a tal aspiración se podría llegar sin que la simplificación del proceso tradujera el sacrificio de garantías para el destinatario de la ley penal. Se ve aquí reflejada una elemental ecuación entre la protección del bien jurídico y el uso de mecanismos procesales que lleven a tal fin; asunto que se trata más adelante desde una perspectiva crítica.

La justificación de este nuevo paradigma radica, justo es decirlo, en la imposibilidad que tiene el Estado para dar respuesta a los cientos de miles de casos de criminalidad menor en los que varios años han pasado, sin que se tenga respuesta de su judicialización, o, en contrario sentido, una orden de archivo; como factores causales de esa indeterminación se tienen la falta de recursos e infraestructura tanto humana como logística.

Con razón, destaca la Corporación Excelencia en la Justicia (2010, p. 23) que en otros escenarios democráticos y garantistas como Chile, Estados Unidos, España y Alemania, la figura del acusador privado fue contemplada como una alternativa importante para tratar de diezmar el fenómeno de la congestión judicial, en especial la generada por actos criminales de menor impacto social. Según ello, el ejercicio de la acción penal no es sólo un asunto de Estado, sino que en algunos eventos el propio afectado con la ejecución de la conducta delictiva puede optar por la búsqueda de justicia; por ello, en esa lógica un flaco aporte brindaría el Estado a la administración de justicia, y, en especial, a los derechos de las víctimas, si no obstante ser consciente de la incapacidad para brindar respuesta a sus intereses insistiera en adueñarse absolutamente de sus conflictos.

Dese luego, si se examina el parágrafo 2° que se adicionó en el artículo 250 de la Carta Política, se percibe que el constituyente acuña dos expresiones cuyo análisis es menester abordar en especial porque se toca un tema irresuelto en la dogmática penal, cual es el de la teoría del bien jurídico. En efecto, allí se incorporan las expresiones “naturaleza del bien jurídico” y “menor lesividad de la conducta punible” no sólo como factores a considerarse por parte del legislador para flexibilizar el monopolio de la acción penal en cabeza de la Fiscalía General de la Nación sino, también, como presupuestos para variar el tipo de procedimiento empleado en el enjuiciamiento de la conducta delictiva. A continuación, se hacen algunas reflexiones en derredor de la parte procedimental del texto; el estudio sobre la teoría del bien jurídico se destina para otro apartado.

Si se revisan las correspondientes ponencias presentadas en el Congreso con ocasión del debate sufrido por el proyecto de acto legislativo que dio lugar a esa modificación constitucional, el fundamento que mayor peso tuvo al instante de decidir quebrar el monopolio que ostentaba el Estado en la titularidad de la acción penal fue, precisamente, el importante número de delitos de naturaleza querrelable aún sin resolver que, según cifras de la Corporación Excelencia en la Justicia, robustecían una cifra que llegaba a las 2.129.990 noticias criminales sin resolver en fase de indagación (Corporación Excelencia en la Justicia, 2010, pp. 49 y 256). Con una congestión de esta naturaleza, la percepción de impunidad, y la falta de respuesta a las demandas de la sociedad, era necesario que el Estado colombiano apelara a la adopción de medidas idóneas para contrarrestar esta problemática. En virtud de ello, se sugirió la incorporación de la figura del acusador privado que, de acuerdo a la experiencia internacional, particularmente los casos de Alemania, España, Estados Unidos y Chile, había ofrecido importantes resultados advirtiéndose que ella suponía una estrategia que habilitara a la víctima u otra autoridad, para el adelantamiento de la correspondiente acción penal.

En el caso de Chile, según la citada Exposición de Motivos del Proyecto (Informe, Proyecto de Acto legislativo número 020 de 2011 Senado, 216 de 2011 Cámara), todo apunta a indicar que el éxito de este novísimo criterio habría radicado en que para los delitos menos graves se estableció un procedimiento especial para que la víctima fuera artífice esencial en su proceso penal; a ese tipo de delitos que

requieren querrela de parte, el país austral les denomina “delitos de acción privada” (Código Procesal Penal, 2017). Lo curioso es, que al menos, desde el punto de vista cuantitativo, dentro del procedimiento penal chileno, sólo se conciben como delitos de acción privada: 1) los atentados contra la integridad moral, es decir, la injuria y calumnia; 2) la provocación a duelo y el descrédito público por no haberla aceptado; 3) el matrimonio de menor llevado a cabo sin el consentimiento de las personas autorizadas por la ley; y 4) la injuria liviana no escrita de obra o de palabra (Horvitz & López, 2004, p. 538). Así las cosas, de acuerdo a lo indicado, tan sólo se habla de cuatro tipos de infracciones: dos de ellas, lesivas de la integridad moral; la otra, encaminada a proteger al menor que tempranamente pretende contraer matrimonio; y, por último, una hipótesis de peligro próximo para la vida e integridad personal, a través de los duelos.

Si estas conductas se examinan desde la perspectiva de la afectación al bien jurídico, un hecho evidente es que su impacto social no es de alta trascendencia, por un lado; y, de otro lado, su recurrencia y cuantificación difícilmente pueden provocar congestión en la Administración de Justicia. Es más, en Chile, algunas de estas disposiciones han sido consideradas como anacrónicas y en desuso, por corresponder a escenarios históricos del medievo; por lo menos así ocurre con la incitación al duelo o el descrédito público por no haberlo aceptado. Se trata de disposiciones legales que tienen vigencia jurídica, mas no un impacto real en dicha sociedad porque los duelos desaparecieron hace varios decenios; de ahí que esta norma, junto con la que describe el inadecuado manejo de carruajes, el hurto de plumas, crines o pelo de animales ajenos, y otras, hagan parte de las diez conductas delictivas más absurdas que aún se sancionan penalmente en Chile (Rivas, 2016).

Lo paradójico es que en la ponencia para el primer debate dado al proyecto de Acto Legislativo que incorporó la figura del acusador privado en Colombia, se hubiera predicado que este nuevo modelo de ejercicio de la acción penal fue acogido con buenos resultados en Chile, cuando es del todo claro que a la luz del derecho penal contemporáneo los tipos penales asociados a duelos y matrimonios de menores de edad, por ejemplo, amén de no ser de alta frecuencia estadística, tampoco tienen un interés en materia de protección penal lo suficientemente inteligible. Se quiere con ello predicar que, en consonancia con lo establecido en el artículo 55 del C. de P. Penal chileno, los modelos delictuales susceptibles de judicialización a interés de acción privada o acusador privado, amén de no tener una repercusión estadística tangible en la criminalidad del país vecino, tampoco plasman comportamientos que protegen bienes jurídicos relevantes porque los tutelados son absolutamente difusos y no ofrecen, en realidad, un panorama de lesividad claro.

Incluso, respecto de los matrimonios de menores de edad aflora sensata la búsqueda de otros mecanismos distintos a la criminalización de esa conducta, como podría ocurrir con leyes de naturaleza civil que endurezcan los presupuestos y requisitos para darle validez a la unión matrimonial de la que haga parte quien aún no ha alcanzado su mayoría de edad. No es, pues, el derecho penal el llamado a solucionar la problemática relacionada con el alto índice de menores de edad que han contraído nupcias.

Así mismo, y en lo que concierne al sistema de enjuiciamiento criminal en España, a través de Ley Orgánica 01 de 2015 se introdujeron una serie de reformas al sistema penal, entre las que se destacan la exclusión del Código Penal de aquellas infracciones penales constitutivas de faltas. En el marco de la exposición de motivos de esa normativa (BOE, 2015, p. 27082) se adujo que el nivel de congestión provocado por aquellas infracciones generaba a la postre un uso inadecuado de recursos públicos habida consideración de que conductas delictivas mínimamente lesivas de bienes jurídicos, demandaban a la postre igual inversión de recursos públicos que la criminalidad de alto impacto. De ahí, entonces, que surgiera imperiosa la necesidad de crear un procedimiento que, frente a infracciones penales de menor entidad lesiva, facilitara una respuesta ágil en cabeza del Estado. Bajo esta dialéctica, si el bien jurídico afectado es mínimamente disminuido o afectado el marco de enjuiciamiento que lo protege debe igualmente ser reducido.

Es más, aún con lo expuesto y sólo con el ánimo de salvar cualquier imprecisión, allí se traen a colación de manera literal algunos componentes esenciales del apartado XXXI, en el que se plasman los fundamentos que político criminalmente inspiraron la modificación de la Ley Orgánica 10 de noviembre de 1995:

En la actualidad debe primarse la racionalización del uso del servicio público de Justicia, para reducir la elevada litigiosidad que recae sobre juzgados y tribunales, con medidas dirigidas a favorecer una respuesta judicial eficaz y ágil a los conflictos que puedan plantearse. Al tiempo, el Derecho Penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad (BOE, 2015, p. 27082).

En ese contexto, también se afirma en ese texto lo siguiente:

Una buena parte de los operadores jurídicos viene reclamando la supresión de las infracciones penales constitutivas de falta: por la notoria desproporción que existe entre los bienes jurídicos que protegen y la inversión en tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento; pero también por la dudosa necesidad de que conductas carentes en muchos casos de gravedad suficiente, deban ser objeto de un reproche penal. En tal sentido se viene pronunciando la Fiscalía General del Estado, que aboga por que las actuales infracciones consideradas como faltas penales queden al margen del Código Penal por su escasa gravedad. Y también el Consejo General del Poder Judicial, que de forma reciente ha propuesto despenalizar ciertos comportamientos tipificados como faltas penales como medida adecuada para reducir los elevados niveles de litigiosidad, que son especialmente altos en el orden jurisdiccional penal (BOE, 2015, p. 27082).

Así, entonces, se observa que tanto en el ordenamiento jurídico penal español como en el colombiano se consideró político criminalmente coherente abreviar el trámite del procedimiento para la investigación, judicialización y sanción de aquellas conductas delictivas que, bien sea por la nimiedad de la pena o el escaso nivel de afectación del bien jurídico, no ameritan en realidad la promoción de un proceso penal agobiante en tiempo y recursos. En España, conforme a lo establecido en el artículo 13-3 del Código Penal, es considerado delito leve, toda infracción que la ley castiga con pena leve; dentro esta gama de delitos se pueden destacar, entre

otros: lesiones personales de escasa gravedad, lesiones por golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, amenazas leves, violación de habitación ajena, hurto en cuantía inferior a 400 euros, distribución de moneda falsa, de menor de 400 euros, homicidio por imprudencia menos grave, denuncia o imputación falsa de un delito leve, Injurias y vejaciones injustas; violencia de género y doméstica (Navas, 2015, Dossier, p. I y ss.).

De esta manera, con una efímera lectura de algunos de los delitos que el legislador español cataloga como leves se advierte, de primera mano, que una importante cantidad de comportamientos típicos fueron seleccionados como candidatos para abreviar el procedimiento. Es más, a diferencia de lo que ocurre en España, en Colombia, hipótesis delictivas como la violencia intrafamiliar y el homicidio culposo, aun así, sea leve la culpa, su judicialización y sanción, no se pueden abreviar a través del rumbo ordinario del proceso. Con todo ello, obsérvese, un punto de encuentro evidente entre estas dos naciones y Chile es la necesidad de acortar el camino del tránsito jurídico procesal, recurriendo para ello a ajustes normativos caracterizados por la simplificación del procedimiento en aquellas hipótesis delictivas donde el bien jurídico y la pena son menores.

Se podría decir, entonces, que la reforma introducida por el constituyente colombiano a la Carta Política por medio del acto legislativo 006 de 2011 esencialmente fue pensada para disminuir los índices de congestión de la justicia penal en aquellas causas que, por su bajo impacto social y el escaso compromiso para el bien jurídico, se pueden tramitar a través de un procedimiento abreviado, bien sea por la Fiscalía General de la Nación, la víctima, u otra autoridad. Ya veremos, entonces, si es lógico suponer que la entidad del bien jurídico o su nivel de afectación condicionen la duración e intensidad del proceso penal. A tales efectos, no debe olvidarse que uno es el escenario de la previsión legislativa y otro el contexto real en el que se desenvuelve la norma.

El procedimiento abreviado y el bien jurídico

La dogmática penal tiene una deuda histórica con el escenario natural en que su rendimiento o ausencia se puede ver reflejado. Muy seguramente ello obedece a que, dentro de su dinámica evolutiva, la solución de sus problemas internos no le ha permitido ocuparse de la conexión y cercanía que desde sus orígenes mismos ha tenido con el procedimiento penal. Se ha subestimado la importancia de éste, cuando es evidente que aún desde la temprana fase de la indagación, el decurso de los actos de investigación tiene como finalidad establecer si los hechos que llegan a conocimiento de la Fiscalía General de la Nación se pueden caracterizar o no como delito. En este sentido, cuando en esas iniciales hipótesis hay un pronóstico favorable para realizar el juicio de tipicidad, lo deseable es que ese comportamiento tenga la virtualidad de lesionar o poner en efectivo peligro el bien jurídico tutelado, es decir, que sea lesivo del interés materia de protección penal. Lo propio ha de suceder con el carácter culpable del comportamiento previamente etiquetado como típico y antijurídico.

Se colige de lo expuesto, entonces, que la dogmática penal y el proceso penal van de la mano porque la sistematicidad de éste y de aquella tienen inexorables puntos de encuentro en los que verdad y justicia confluyen en un solo contexto (Hassemer, 2009, pp. 10-11). Así las cosas, la mengua al bien jurídico se erige en fundamento material de la responsabilidad penal del llamado a juicio, más aún con su colonización por parte del Derecho Constitucional, y, en especial, cuando de manera explícita se aduce que en atención al nivel de lesividad de la conducta de ello depende la competencia para el ejercicio de la acción penal. No es por ello gratuito que en Colombia existan hoy dos clases de procedimientos y que la simplificación de uno de ellos obedezca a que tanto el bien jurídico involucrado como su nivel de afectación, deben necesariamente representar ahorros procesales en la búsqueda de la justicia.

No deja de ser, pues, extraña esta postura del legislador nacional porque si el procedimiento ordinario y el procedimiento abreviado son en esencia procesos constitucionalizados con la aptitud suficiente para garantizar prerrogativas de orden fundamental, esta coyuntura debió haber sido aprovechada para abreviar también el trámite del procedimiento ordinario. De hecho, así se había pensado antes cuando un proyecto de ley reformativo del Código de Procedimiento Penal que se quedó en el camino ofrecía la alternativa de suprimir la audiencia de imputación, dado que se trata en esencia de un acto esencialmente comunicativo. Por estas razones, con válidas objeciones, la doctrina señala como un absurdo la clasificación de los procedimientos, y, en especial, que la misma dependa de la gravedad o nimiedad del delito o delitos sujetos a juicio (Gómez, 2010, pp. 11-12).

En esta perspectiva, el criterio de asociar los conceptos de bien jurídico y de lesividad como presupuestos fundamentales para la abreviación del procedimiento penal es en realidad bastante desafortunado. En efecto, que el bien jurídico afectado sea de mayor entidad que otro; o que los niveles en que resultó menguado o puesto en efectivo peligro, sean de unos estándares mínimos, no necesariamente supone una mengua de la carga que a su haber tiene el Estado para demostrar las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Si en teleología, lo que por mandato Constitucional debe hacer la Fiscalía General de la Nación es investigar una conducta que se caracterice como delito, a la postre el planteamiento teórico-probatorio del ente acusador, debe llevar al Juez el conocimiento más allá de toda duda, no solo de la materialidad de la infracción sino también de la correlativa responsabilidad penal del acusado.

Pareciera, entonces, que el legislador, no solo en Colombia sino también en España y Chile, sin realizar mayores análisis de dogmática procesal, asume como una verdad incuestionable que el bien jurídico tiene la aptitud sustantiva para condicionar la durabilidad e intensidad del proceso penal. El bien jurídico, puede sí en un momento servir de fundamento legitimador de la creación de nuevos tipos penales; de hecho, es un referente para la cantidad política de pena prevista en el modelo delictual, empero bajo ninguna circunstancia está en condiciones de pronosticar en términos cuantitativos, cuál es la medida ideal de prueba que se re-

quiere para acreditar la lesión o efectiva puesta en peligro del interés objeto de protección penal; así, entonces, menos puede condicionar la durabilidad del proceso.

El asunto más bien hace parte del campo de acción epistémico incardinado en el principio acusatorio. Este eje configurador del proceso penal acusatorio caracterizado por la separación de funciones de investigación y juzgamiento lleva a pensar que la carga de la prueba y su distribución, si bien es cierto se encuentra inmersa en el marco del proceso penal, no es un componente cuya consolidación o afianzamiento dependa del proceso penal. Se trata, pues, de una institución ajena a la estructura del proceso penal y que se matricula dentro del principio dispositivo (Miranda, 1997, pp. 78-79), planteamiento que cobra mayor fuerza aún si en consideración se tiene que el juez penal del sistema acusatorio adolece de la facultad para impulsar probatoriamente la teoría del caso de la fiscalía o de la defensa.

En este contexto situacional es perfectamente posible que, en algunas hipótesis de homicidio, el trámite del proceso fluya con proverbial facilidad para el ente acusador que, sobre la base de una acción u omisión simple de matar y un vínculo subjetivo del autor con el hecho, tendrá probada su teoría del caso. Igualmente, puede ocurrir que bajo otros supuestos de hecho homicida, por la complejidad del caso y las dificultades de subsunción normativa, la carga de probar frente a la afectación al bien jurídico sea mayor. En esta variable, la inocencia, amparada por el postulado de la presunción necesariamente debe ser desvirtuada por la acusación (Ferrajoli, 2001, pp. 610-611).

Tendríamos así frente a dos referentes fácticos el mismo bien jurídico lesionado, con la diferencia de que en uno de ellos el trámite del proceso podría ser más ágil y dinámico porque la carga de probar es menor, en tanto que en el otro las dificultades de desvirtuar la presunción de inocencia implicarían un mayor desgaste procesal para la Fiscalía, sin que de ello se pueda inferir que las pretensiones punitivas sean de mayor entidad o que el bien jurídico se afectó con mayor drasticidad.

Desde otra perspectiva, es perfectamente viable que descripciones típicas de delitos susceptibles de conversión a acusación privada y tramitados bajo los cauces de un procedimiento abreviado, se caractericen por tener en su estructura objetiva un número plural de verbos que de manera alternativa permitan construir el juicio de tipicidad. Tal es el caso de la violación de derechos patrimoniales de autor, que por su configuración misma necesariamente demanda el despliegue de un número importante de tareas de investigación que, lógicamente, confluirían en una fase de indagación que se podría extender en el tiempo incluso más que un homicidio, o un delito sexual con menor de edad, porque la carga probatoria para demostrarlo en juicio podría ser mayor. En un supuesto de juicio por afectación de derechos patrimoniales de autor, tal conducta delictiva alberga siete subespecies de tipicidad, pluralidad de ingredientes normativos de carácter extrajurídico y bastantes verbos rectores. Si la acusación incluye varios ingredientes normativos y diversidad de verbos rectores, cada uno de ellos debe ser probado más allá de cualquier escenario de duda. Es, dígame, ni más ni menos que la carga probatoria

asumida por el ente fiscal cuando convoca al destinatario de la ley penal a juicio de responsabilidad criminal.

Con un panorama de esta naturaleza habría mayor desgaste investigativo en la fase de la indagación; las solicitudes probatorias realizadas en la audiencia preparatoria naturalmente serían de una importante cantidad; y, dentro de esta lógica secuencia, la actuación probatoria en el juicio oral podría ser intensa y eventualmente se extendería a lo largo de varias sesiones de juicio oral. Enfrente a esta realidad se advierte, de un lado, que el procedimiento abreviado no tiene la aptitud jurídica de reducir la duración de la fase de indagación; de otro lado, que ningún efecto tiene para minimizar la carga de prueba requerida para demostrar la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Y, en este sentido, lo único que garantiza el nuevo paradigma procesal adoptado es que la audiencia de imputación fue suprimida y que las audiencias de acusación y preparatoria se concentraron en una sola, sin que sea del todo cierto que estos ahorros en el trámite del proceso abrevien el curso causal de una decisión final de culpabilidad o inculpabilidad.

El principio de lesividad. El carácter anómico de su incorporación legislativa

En párrafos precedentes se dijo que la incorporación en la Constitución de la teoría del bien jurídico ameritaba una importante reflexión, en especial para desenrañar las posibles discusiones que en el seno del Congreso se suscitaron en torno a ello. Pues bien, al estudiarse el Informe de ponencia para el segundo debate del proyecto de acto legislativo número 216 de 2011, fue introducido en el texto un párrafo del siguiente tenor:

En los casos de delitos menores, la acción penal podrá ser ejercida por la víctima o por autoridades que cumplan funciones de Policía Judicial, en los términos y condiciones que señale la ley. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma prevalente.

De manera sucinta, en el marco de dicho debate se justificó la introducción del párrafo por el alto nivel de congestión que presentaba la Fiscalía General de la Nación, y, en especial, las sensibles dificultades que se evidenciaban en el tratamiento de conductas delictivas consideradas como de menor entidad. Desde una perspectiva política, tales circunstancias fueron catalogadas como auspiciadoras de impunidad en particular frente a aquellos “delitos de menor lesividad” (Gaceta del Congreso, 394, 2011, p. 33).

Así las cosas, se observa aquí por primera vez una mención explícita al principio de lesividad empero el Congreso no incorpora en el informe de ponencia elementos de contexto que pudieran brindar mayor claridad acerca de lo que, desde el punto de vista Constitucional, pudiera catalogarse como delitos menores, y, añádase, el por qué dicha delincuencia debido a su menor capacidad para afectar bienes jurídicos, puede ser perseguida por un acusador particular. Nada se sabe, pues, de las motivaciones políticas, jurídicas y sociales, que tuvo el legislador para incorporar un nuevo orden de enjuiciamiento criminal en el marco constitucional.

Incluso, si se apela a la más elemental lógica tampoco se conoce por qué se asumió la postura de constitucionalizar el principio de lesividad, más aún si a partir de su incorporación se iban a establecer criterios político-criminales para distribuir competencias en el ejercicio de la acción penal. En este punto, emerge a la vista el carácter irreflexivo y acrítico del constituyente colombiano que, aunque inverosímil parezca, no consignó en la exposición de motivos elementos histórico-sociológicos que abrieran la puerta a la comprensión e inteligibilidad del nuevo paradigma.

Así mismo, es curioso o extraño que la titularidad del ejercicio de la acción penal en aquellas modalidades delictivas pudiera ser delegada a las autoridades con atribuciones de policía judicial; como consecuencia de ello, un servidor de tránsito municipal con atribuciones de policía judicial, o un investigador del cuerpo técnico de investigación de la Fiscalía General de la Nación, podría –con base en esa posible normatividad– de forma autónoma construir hipótesis delictivas en delitos menores y, de manera directa, estarían facultados para sustentarlas ante los jueces de conocimiento. Es más, por mandato de la ley tendrían el deber de elaborar los hechos jurídicamente relevantes de la acusación en un lenguaje claro y comprensible, con lo cual cumplirían un papel ambivalente que en términos prácticos concentraría los roles de la investigación, la acusación y la defensa de ésta en el juicio, en cabeza de un solo servidor público.

Desde luego, el solo hecho de representarse una regulación legal de esta naturaleza demandaría el despliegue de importantes esfuerzos dialécticos, sin posibilidad de arribar a una solución coherente que permitiera una integración plausible de tantos roles en un solo servidor. En todo caso, valga aclarar que los planteamientos anteriores se edifican sobre la base del aludido texto del proyecto de acto legislativo en el que se hablaba de la competencia para delitos menores a la víctima y a servidores públicos con atribuciones de policía judicial; de hecho, este tenor literal alcanzó a ser aprobado en primer y segundo debates en la Cámara de Representantes (Gaceta del Congreso, 394, 2011, p. 35) pero, sin que se conozcan las razones que se tuvieron para efectuar el cambio, como texto para primer debate en el Senado se adoptó el siguiente:

Atendiendo a la naturaleza del bien jurídico y a la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.

En fin, en la plenaria del Senado y al no haberse presentado variaciones en el primer debate, se aprobó como contenido definitivo del parágrafo 2º adicionado al artículo 250 de la Constitución Política, el siguiente tenor:

Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.

Así, entonces, tanto la expresión delitos menores como las facultades de la policía judicial para adelantar la acción penal fueron eliminadas; el pasaje que se acaba de transcribir fue el que, a la postre, se concilió entre las presidencias de Senado y Cámara. Es más, aunque se mencionan algunas discrepancias que existieron “entre los textos aprobados por las respectivas Sesiones Plenarias en la Cámara de Representantes el día 17 de mayo de 2011 y en el Senado de la República el día 14 de junio de 2011, en primera vuelta” (Gaceta del Congreso, 394, 2011, p. 1), las mismas no hacen parte del contenido de la publicación oficial. En todo caso, lo que se puede inferir es que al parecer las diferencias habrían mediado en la configuración externa de los textos mas no en el alcance jurídico de sus contenidos, en especial en punto de un análisis dogmático de lo que se consideraría delito menor; de las particularidades en que un caso puede ostentar mayor o menor lesividad; y, en este mismo sentido, en torno a lo que el bien jurídico significa como concepto, y, más aún, lo que representa la inclusión del bien jurídico en el nuevo ordenamiento constitucional.

Es por demás comprensible, aunque no del todo aceptable, que el legislador dentro del proceso de consolidación del acto legislativo no hubiese llevado al plano de la problematización la noción de lo que histórica y contemporáneamente se podría concebir como bien jurídico. La consideración frente a la omisión y silencio del constituyente radica en que desde sus orígenes el bien jurídico se caracteriza por ser un concepto sumamente nebuloso y de un nivel de abstracción tan amplio e indefinido que, incluso, desde inicios del siglo XIX, los intentos por delimitar e identificar el ámbito de protección del derecho penal se han multiplicado y extendido en el tiempo, sin que aun hoy se pueda predicar en concreto y de manera pacífica qué tutela el derecho penal. Sin embargo, si bien es cierto que un sector mayoritario de la doctrina defiende la postura de que el derecho penal protege bienes jurídicos no deja de ser paradójico que el objeto de protección del derecho punitivo se caracterice, precisamente, por su vaguedad y complejidad. Para entender los alcances del concepto de bien jurídico es prudente, a continuación, hacer un recorrido histórico para mirar cuál ha sido su proceso de configuración.

Evolución histórica de la teoría del bien jurídico.

En 1801, con la reciente promulgación de los derechos del hombre y del ciudadano, por primera vez Feuerbach –fiel seguidor de la doctrina del contrato social– postuló de forma explícita al derecho subjetivo como el objeto de protección penal. Bajo esta concepción política de cuño netamente iluminista, se catalogó al delito como una auténtica transgresión de las prerrogativas y derechos del individuo sin que tales derechos logran decantarse o precisarse. Lo interesante de esta propuesta es que, con una clara influencia del pensamiento Kantiano, en el nuevo orden por fin el delito deja de ser pecado, y, en la medida en que el ejercicio de libertades por parte del individuo afecta los derechos de otro y las condiciones de vida en común, termina por obrar en contra del mismo Estado (Fernández, 2004, pp. 12-13).

Hacia 1834 Birnbaum (2010) argumentaría que el delito no lesiona derechos, sino que lesionaba bienes iusnaturalísticamente ubicados en la esfera del contexto social en un escenario previo a la norma, por lo que resultaba más adecuado hablar de la violación de un bien; se buscaba bajo esta ideología alejar al derecho penal de proyecciones meramente normativas, como ocurre hoy en día, por ejemplo, con Jakobs (Schünemann, 2007, p. 13). Pese al loable intento, ese pensador no logra dar luces conceptuales de lo que se debe entender como “bien jurídico”, asociándolo a un concepto de lesión necesariamente vinculado a una persona o una cosa. Se describe así también como un bien que condensa las condiciones de existencia en sociedad, pero “objetivadas y singularizadas”. No se alcanza a dimensionar de todas formas, cuáles podrían ser esas circunstancias objetivamente aprehensibles en la dinámica de la vida. En fin, el concepto de bien termina llenándose de contenidos altamente indescifrables porque es el Estado a través de una decisión política el que define cuáles serán aquellos bienes u objetos susceptibles de protección penal (Hormazábal, 1992, pp. 30-31). En síntesis, es factible la particularización de los bienes susceptibles de protección penal pero no hay un sustrato ideológico y conceptual que los defina sistémicamente.

Para el año 1872 la expresión bien jurídico adquiere un renovado aire con Karl Binding que, inspirado en la corriente positivista de Comte, reafirma la importancia del concepto empero a partir de los criterios políticos que fija el legislador para diferenciar entre lo que puede o no ser jurídico penalmente valioso en el afianzamiento del contrato social (Fernández, 2004, pp. 18-19).

Bajo esta dialéctica, el delito es fundamentalmente una agresión a las valoraciones realizadas por el legislador que al momento de catalogar como delictivo un comportamiento determinado selecciona cuál será el bien jurídico que es materia de protección penal. Con ello, la simple desobediencia de la norma encarna la transgresión del bien jurídico que previamente ha sido justipreciado por el hacedor de las normas. He aquí la firme impronta del positivismo jurídico que, sin ninguna clase de ambages, puede predicarse, goza de muy buena salud en la medida que no siempre el derecho penal contemporáneo ofrece escenarios de correspondencia entre una conducta catalogada como delictuosa y su influjo negativo o dañino para aquellos bienes que son importantes en el seno social. Suele ocurrir con recurrente frecuencia que se castigan conductas delictivas que en el plano objetivo no representan ningún daño o peligro de daño. Basta, entonces, para la sanción penal la simple contradicción de la acción u omisión con lo que el ordenamiento jurídico ha establecido con antelación.

En contraposición a la visión anterior, pero con un punto de partida propio del positivismo naturalista de Franz Von Liszt, los bienes jurídicos surgen en el seno de la sociedad; emanan del tráfico cotidiano de la vida en comunidad y, a partir de tales circunstancias, ostentan un carácter prejurídico; se entienden, pues, como un producto de la vida y de esa interacción recurrente entre los individuos que rigen los cauces de su existencia dentro de una sociedad organizada en Estado. De ahí que la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia y la libertad

del individuo, no sean una creación del ordenamiento jurídico. No. Lo que hace la ley es refrendar dicho valor elevándolo a la categoría de “interés jurídicamente protegido” (Liszt, 1927, pp. 6-7).

La teoría del bien jurídico en el derecho penal contemporáneo.

Dentro de esta dinámica evolutiva de manos de Hans Welzel, en el año 1939, el derecho penal y en especial la teoría del bien jurídico recibirían un fuerte influjo axiológico; en este nuevo giro epistémico para el pensador alemán, el derecho penal ciertamente protege valores elementales de la vida en comunidad empero es en realidad el componente ético social el verdadero punto de inspiración del *ius puniendi*. De esta forma, y con un criterio prevalente, el bien jurídico adquiere más valor no por su contenido intrínseco sino por su significación social. En un plano aspiracional lo que se espera de la colectividad es que el comportamiento de sus integrantes se encuentre siempre acorde con los valores de conciencia que sirven de sustento ideológico al Estado y a la sociedad; por ello, se señala: “misión del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético sociales” (Welzel, 1976, pp. 13-16).

Esta arista filosófica no deja de ofrecer dificultades conceptuales por lo menos en una sociedad plural, en la que el ejercicio de libertades lleva a ver la vida en cosmovisiones abiertamente distintas donde la inversión de valores puede ofrecer diferentes lecturas frente a un mismo comportamiento; más aún donde no hay sistematicidad en torno al ajuste de un acto a los valores ético-sociales. Bajo esta línea ideológica el intento de dar muerte a un individuo que ya falleció, o el uso de violencia contra una persona que no tiene ningún bien económicamente estimable, serían delitos porque prescindiendo del resultado el carácter altamente reprochable de la conducta iría en contra de aquellos paradigmas de buen comportamiento que se han albergado en la sociedad.

De otro lado, ya en el orden contemporáneo, Claus Roxin propende por un concepto de bien jurídico derivado de la Constitución Política; en consonancia con su pensamiento este instrumento dogmático, sólo es constitucionalmente admisible si su configuración y contenido se inspira en los principios axiológicos que gobiernan el orden superior, en especial a partir de la libertad del individuo y su dignidad humana. En estos términos, postula que:

[l]os bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (Roxin, 1997, p. 56).

En medio de este panorama y pese a que el profesor alemán cataloga como inidóneas las anteriores definiciones de lo que se concibe como bien jurídico, ora porque no se sabe cuál es el ámbito de protección de su contenido ora por la capacidad que tenga para delimitar conductas punibles y contravenciones, su definición desde el punto de vista conceptual deja abierto un importante campo de indagación

que ofrece sensibles dificultades para validarlo empíricamente. Por ello, para desentrañar el alcance de su postura se tendrían que encontrar luces para establecer ¿cuáles son las circunstancias que se le han dado al individuo en el contexto de la sociedad?, ¿qué finalidades son imprescindibles para el libre desarrollo del ciudadano?, ¿qué finalidades son útiles para el funcionamiento del sistema en el que se desenvuelve el individuo? Como es apenas natural, no se tienen las respuestas a todos estos planteamientos, pero lo que sí queda claro es que nunca ha sido una tarea fácil enfrentarse al reto de definir e identificar estructuralmente lo que ha de entenderse por bien jurídico.

Así las cosas, hasta el momento dentro de los rasgos distintivos que en diferentes perspectivas han sido esbozados en materia de bien jurídico se ha predicado que se trata de un derecho subjetivo; empero, también ha sido identificado como un bien y se le ha catalogado como un interés jurídicamente protegido. Pero también se le ha entendido como un valor ético social; y, así mismo, podría comprenderse como una circunstancia o finalidad útil. Esta breve caracterización conceptual es desde luego solo enunciativa porque como es apenas evidente no agota el tema; sin embargo, su contextualización es suficiente para objetivar la complejidad del concepto.

Por eso los detractores de la teoría del bien jurídico, especialmente Jakobs –el defensor más representativo del funcionalismo sistémico para quien el derecho penal defiende es la vigencia del ordenamiento normativo–, no duda en predicar que el bien jurídico es un concepto altamente maleable con la capacidad de transformarse en algo distinto cada vez que alguien pretende aprehenderlo o sujetarlo (Jakobs, 1991, pp. 47-48). En virtud de ello, se dijo en líneas precedentes que la omisión o silencio del constituyente cuando se introdujo el concepto de bien jurídico en la Constitución Nacional era, en alguna medida, comprensible porque en sana lógica no se puede tratar de resolver en el ámbito de lo político el contenido y alcance de un concepto que la dogmática penal no ha podido resolver en más de dos siglos de constantes discusiones y reflexiones.

La justificación político-criminal del procedimiento abreviado.

Desde el surgimiento del debate en torno al modelo de Estado emergen para el orden constituido las dificultades en derredor de una respuesta adecuada a las necesidades de justicia de la comunidad. La percepción de impunidad y la falta de respuesta a la conflictividad en materia penal ha sido un recurrente fenómeno, no sólo en Colombia sino en buena parte del orden mundial. Por estas razones, tanto en los sistemas de enjuiciamiento criminal latinoamericanos como en un importante sector de la Eurozona la oralidad en materia penal, así como también los mecanismos de culminación alterna del proceso, se han afianzado para que en amplia medida el rito integral del proceso penal solo se agote en excepcionales circunstancias. Esta nueva cosmovisión del proceso abre el camino para que, a través de escenarios dialógicos y concesiones recíprocas, fiscalía, defensa y acusado entablen conversaciones en las que se discuten los términos de degradación de la

conducta delictiva o la forma de participación del acusado en la infracción penal. Todo ello teniendo como enfoque teleológico la reducción de la pena a imponer a quien renuncia a su presunción de inocencia.

Es tal la fuerza del sistema acusatorio en el mundo que expertos en el tema, no obstante partir de la hegemonía y predominio que históricamente ha ostentado el sistema continental europeo, ven con preocupación el dramático declive de su rendimiento y el carácter obsolecente que presenta frente a las nuevas formas de criminalidad. En virtud de ello, los legisladores italianos, españoles y alemanes, no ven con malos ojos la adopción del procedimiento penal norteamericano, o, por lo menos, las partes esenciales de este que abren el camino a su culminación anticipada (Schünemann, 2002, p. 290).

Pese a estos esfuerzos en la exposición de motivos del proyecto de ley 48 2015, Senado, que dio vida jurídica a la figura del acusador privado y al procedimiento abreviado, el Ministerio de Justicia diagnosticó que, en un importante número de noticias criminales, en su amplia mayoría de naturaleza querrelable y de menor lesividad, su investigación, judicialización y juzgamiento, demandaba igual esfuerzo e inversión de recursos que la mediana y gran criminalidad. Lo más complejo a juicio del delegado del gobierno, era que se trataba de conductas perpetradas con frecuencia en la comunidad y su recurrencia generaba importantes cifras en materia de congestión en el sistema acusatorio, siendo tan evidente ello que –a 2014– la Fiscalía tenía en su haber un total de 273.987 actuaciones activas por delitos querrelables (Gaceta del Congreso, 591, 2015).

En ese contexto el proyecto de ley fue diseñado para agilizar y acortar el tiempo de duración de este tipo de procesos que, con la proyección de la reforma, estaba destinado a conductas delictivas que, por su menor lesividad e impacto en la comunidad amén de ser clasificadas como contravenciones penales, se regularían por un procedimiento abreviado que conforme a la novísima cosmovisión constitucional podría ser afrontado por el acusador privado. Aunque esta fue la razón político criminal del nuevo paradigma y tanto en los debates que en Cámara y Senado se habían hecho en torno al proyecto, permanentemente se deliberó sobre la necesidad incorporar en el Código Penal las conductas de orden contravencional; sin embargo, este curso legislativo sufrió un viraje importante porque las contravenciones fueron excluidas de la reforma (Senado de la República, 591, 2015).

Lo desconcertante en medio de todo este proceso es, que en desarrollo de audiencia pública agotada el 27 de octubre de 2016 en la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes, ante el ponente se ratificó la importancia del proyecto, y en especial, la necesidad histórica que había de incorporar en el Código Penal, las contravenciones penales, dado que los esfuerzos para llegar a tal cometido, databan de un poco más de 30 años pues de hecho el derogado Código Penal del 80 contemplaba la división de hechos punibles en delitos y contravenciones (Gaceta del Congreso, 754, 2016; Gaceta del Congreso 834, 2016).

Retomando el tema relacionado con los fundamentos de la reforma, es evidente que hay cambios trascendentales en la duración del proceso penal si se compara el trámite previsto en la Ley 906 de 2004, ordinariamente configurado en su inicio con el desarrollo de la audiencia de imputación. Esta primera fase, es ni más ni menos el acto comunicacional a través del cual la Fiscalía General de la Nación formaliza sus pretensiones punitivas en el marco del proceso penal; a través de la imputación, se establecen los límites sustantivos no sólo de la imputación fáctica, sino que, a su turno, se afina lo que con grado de probabilidad se erigirá en hechos jurídicamente relevantes de la acusación. Es en esencia la atribución de unos hechos al imputado, los cuales deben ser endilgados en un lenguaje claro, inteligible, sencillo (Guerrero, 2010, pp. 57-58), de un nivel de simplicidad tal, que el más humilde los ciudadanos esté en capacidad de entenderlo.

Un segundo momento es el de la audiencia de acusación; para este instante de la liturgia procesal, la Fiscalía General de la Nación ya se ha decidido a llevar el asunto a juicio de responsabilidad criminal, y su nivel de convicción sobre el compromiso penal del acusado en el plano epistemológico ha cobrado mayor vigor. Esta fase del debido proceso permite conocer a la defensa los soportes cognitivos del llamamiento a juicio, dado que es el momento en el cual oficialmente se descubren los elementos materiales probatorios y de evidencia física que sirven de soporte para defender la futura teoría del caso del ente acusador.

En un tercer espacio, la lógica de composición del proceso en Colombia abre el camino para la ambientación real de lo que será el debate público; a éste sólo se puede arribar cuando en la audiencia preparatoria tanto la Fiscalía como la defensa, en ejercicio de su derecho a la prueba, han postulado las correspondientes solicitudes para que sean decretadas por el Juez de conocimiento. En una cuarta fase, el juicio oral se erige en el momento decisivo en que las partes están habilitadas para allegar la prueba ante el juez que decidirá de fondo para emitir un sentido del fallo de culpabilidad o no culpabilidad del acusado. Por último, y en quinto lugar, la lectura de sentencia pone fin al litigio que se trabó ante la administración de justicia.

Esa es, pues, una sucinta radiografía o visión periférica de lo que es el proceso penal consagrado en la Ley 906 de 2004 a partir de la se puede entender el esquema abreviado que, en principio, reduce el curso del proceso penal a sólo dos audiencias: la primera, aquella en la cual se concentran la acusación y la audiencia preparatoria; y, la segunda, en la que se agota la actividad probatoria del juicio oral. La abreviación del proceso, debe aceptarse, puede facilitar su conocimiento por parte de la sociedad; sólo son dos audiencias, y es más fácil para el ciudadano lego en derecho comprender la nueva estructura del proceso penal frente a delitos menores, pero ello no necesariamente puede concebirse como una mejor capacidad de respuesta del Estado frente a la criminalidad. En efecto, con la simplificación del procedimiento no es del todo seguro que el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de la víctima, se tornen más cercanos porque las etapas que fueron suprimidas, si bien es cierto son trascendentales en la configuración del proceso penal,

no son de aquellas que demanden una inversión de tiempo importante para su agotamiento. La audiencia de imputación, por un lado, es un simple acto de comunicación y tanto las audiencias de acusación y preparatoria, aunque definen los términos y condiciones del juicio oral, no son las que mayor desgaste del aparato estatal provocan.

Con la eliminación de la imputación y la concentración de las audiencias de acusación y preparatoria del juicio oral, la administración de justicia ahorra recursos importantes toda vez que con ello se evita la programación aislada de la fase depurativa del juicio oral; los riesgos de aplazamiento se morigeran en una medida evidente y ello contribuye a un mayor rendimiento de los actos jurisdiccionales. Debe sumarse a lo expuesto, que también fue suprimida la audiencia de lectura de sentencia que dada su dinámica era un acto escritural que nada tenía de oralidad. Sobraba por ende convocar a audiencia pública para un simple acto de lectura.

En términos generales, pues, el diagnóstico sobre la dinámica y operatividad del procedimiento abreviado es favorable si se vislumbra el mismo desde la perspectiva del acortamiento y supresión de algunas de las fases del proceso penal ordinario. Sin embargo, no hay que ser indiferentes con una realidad: la etapa de indagación y la fase probatoria del juicio oral, son en estricto sentido las que mayor inversión de recursos demandan para la administración de justicia. Al respecto recuérdese que, aunque la Ley 1453 de 2011 adicionó un parágrafo al artículo 175 de la Ley 906 de 2004, a través del cual se establecen límites objetivos a la fase de indagación, la experiencia muestra que los plazos de 2, 3 y 5 años allí fijados en la gran mayoría de los casos no alcanzan a ser suficientes para adoptar una decisión de solicitud de imputación o archivo. De hecho, muchas indagaciones se llevan a imputación varios años después de que la noticia criminal ha sido formulada. La explicación es por demás evidente: el número de casos en indagación supera con creces la capacidad de judicialización o archivo de los fiscales.

Por ello, en la audiencia pública que con el fin de realizar observaciones al proyecto se realizó en la Comisión Primera de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Representantes, se explicitó que como el 70% de las audiencias son aplazadas en el sistema acusatorio, con la introducción del procedimiento abreviado se podrán hacer rendir más las actuaciones jurisdiccionales dependiendo desde luego de la conducta delictiva objeto de enjuiciamiento. Para Mauricio Pava Lugo, Conjuez de la Corte que fue invitado a la discusión, no se justifica que el Estado deba invertir los mismos recursos procedimentales en un hurto y en una desaparición forzada (Audiencia Pública, octubre 27, 2016). De todas maneras, el invitado no exhibió soportes epistémicos e ideológicos que justificaran el trato diferenciado entre una y otra conducta delictiva; sin embargo, de acuerdo a tal postura pareciera entenderse que –si el bien jurídico es de menor entidad– el proceso penal debe ser reducido. En todo caso, no se explica el porqué de la propuesta y no se justifica a partir de evidencia empírica alguna la necesidad de simplificar el proceso penal en todos aquellos casos en los cuales el delito perseguido albergue un bien jurídico de menor entidad.

Aunque en el proyecto siempre se expuso que la idea de abreviar el procedimiento era para poder dar una respuesta más ágil a la criminalidad menor, en ninguno de los instantes de formación de la ley se destinó tiempo alguno para debatir tópicos necesarios, como por ejemplo los criterios que se tendrían en consideración para seleccionar los bienes jurídicos susceptibles de protección a través del procedimiento abreviado. Tampoco se supo bajo qué evidencias de orden sociológico o estadístico se habría establecido cuáles fueron las motivaciones político-criminales con base en las cuales se acordó un trato diferenciado para delitos catalogados como de gravedad menor. Es más, cuando se hace el análisis de derecho comparado se constata que en el simplemente se enuncian las experiencias aparentemente favorables de otras latitudes, empero no hay respaldo en estudios serios que, a partir de cifras objetivas u objetivables, muestren el rendimiento del proceso abreviado en los otros países que lo han implantado. Para López (2015, p. 16), la diferenciación entre delito y contravención va incluso en contra de la lógica de la criminalidad, porque los delitos menores se cometen en mayor porcentaje que los de alto impacto, sin embargo a estos últimos se les brinda un mejor escenario de garantías procesales lo que, a la postre, no deja de ser una paradoja. De esta manera, pues, entre más impacto tenga la criminalidad, mejores podrán ser las garantías.

Así las cosas, es fundamental considerar que aun en tratándose de delitos que se judicializan a través del procedimiento abreviado muchos de ellos como, por ejemplo, el hurto calificado, que no es un comportamiento penal de menor entidad, da lugar a la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. Se trata de una delincuencia que de manera cotidiana afecta al seno de la colectividad, empero al mismo tiempo la reacción del Estado frente a la misma es en la mayoría de los casos altamente coercitiva, porque de manera recurrente se acoge como primer recurso para su judicialización, el pronóstico de peligro para la comunidad que, a su turno, banaliza y lleva a la simpleza el argumento para restringir la libertad. De acuerdo a esta lógica: si la conducta es peligrosa para la sociedad tal peligro se debe conjurar con cárcel, con independencia de la naturaleza o nivel de lesividad del bien jurídico comprometido en el hecho.

Por ello, cabe preguntar: ¿y si, entonces, la reacción del Estado como titular de la acción penal va a ser fuerte por qué no fortalecer las garantías de todos aquellos sujetos que van a recibir el peso de esa violencia legitimada? Es más: ¿cuáles fueron las razones que tuvo el hacedor de las normas para abreviar la judicialización en los casos de hurto calificado, si es evidente que los extremos punitivos de este modelo delictual cuando es cometido con violencia sobre las personas comportan un mínimo de pena de ocho años y un máximo de diez y seis? Las motivaciones de la simplificación del enjuiciamiento de los hurtos con violencia o sobre medios motorizados no fueron reveladas por el Congreso, pero lo que sí es claro para la doctrina especializada es que cuando se producen leyes de manera acrítica e irreflexiva, la violencia estatal instituida por medio del derecho penal adquiere claros matices de arbitrariedad. Y ese abuso del poder se descarga con toda su crueldad

sobre población más vulnerable que con antelación ha sido seleccionada en esa orientación político criminal (Binder, 2012, p. 230).

Desde otra arista puede decirse que nada se sabe tampoco acerca de los elementos de contexto y de los aspectos circunstanciales que llevaron a abreviar los casos de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico; no se conoce, entonces, por qué motivos específicos, el orden económico social pasó a considerarse como un bien jurídico penal de escasa entidad cuando bien se sabe que la pena mínima de prisión puede alcanzar los nueve años. Esta conducta penal no es liviana y ágil en el campo de la indagación; su carga probatoria es en realidad compleja, pues hay componentes de reenvío normativo y en algunas circunstancias la prueba pericial es crucial como sucede en los casos de monopolio rentístico de licores.

De esta manera, si se habla de un escenario de expansión en relación con este tipo de criminalidad, claramente puede indicarse que con la afectación del orden económico social las posibilidades de inyectar recursos al sector salud se ven menguadas de forma dramática. En estas circunstancias, y en consonancia con las consideraciones que en el campo constitucional fueron incorporadas a la Carta Política, tanto el bien jurídico tutelado como la intensidad de su afectación ameritarían un tratamiento en el que la abreviación o simplificación del procedimiento no fuera la mejor alternativa. Debe a ello adicionarse que detrás de estas formas de delincuencia se esconden la mayoría de las veces sofisticadas organizaciones criminales que, en oposición a los ideales del Estado, crean empresas clandestinas paralelas a través de las cuales se ponen en funcionamiento juegos, apuestas y venta de licores.

En fin, no es la entidad del delito o la intensidad de la lesión del bien jurídico afectado lo que en el ámbito político criminal implica un mayor o menor desgaste en el adelantamiento de la indagación; como ya se explicitó, son la carga probatoria inmersa en la tipicidad de la conducta y también la correlativa responsabilidad penal de su autor, las que marcan la pauta para el establecimiento de hipótesis preliminares y el correspondiente despliegue de actos de averiguación. Es, pues, la teoría del caso edificada a partir de la teoría del delito la que necesita ser probada en juicio, con independencia de la naturaleza del bien jurídico lesionado o puesto en efectivo peligro; ello, puede tornar más o menos intensa la actividad probatoria.

Conclusiones

Para la incorporación de la teoría del bien jurídico en el marco constitucional, no hubo ninguna clase de estudio dogmático de la figura. Además, no se observa que en los procesos de configuración de la Ley 1826 de 2017 se hayan incorporado criterios diferenciadores que justificaran en el ámbito político criminal adelantar a través del procedimiento abreviado cierta clase de delitos.

Además, la integración por parte del constituyente y del legislador de la teoría del bien jurídico, el principio de lesividad y el procedimiento abreviado, no apare-

ce del todo clara. Hay delitos menores que pueden implicar un mayor desgaste en los procesos de investigación y prueba.

En fin, cabe colegir, las fases de indagación y juicio que son en estricto sentido las que mayor inversión de tiempo demandan en el proceso penal no pudieron ser simplificadas mediante las previsiones contenidas en el nuevo procedimiento abreviado.

Referencias

- Binder, A. (2012). *Análisis Político Criminal. Bases para una Política Criminal minimalista y democrática*. Bogotá: Editorial Astrea-Universidad del Rosario.
- Birnbaum, J. M. F. (2010). *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, trad. y estudio preliminar de J. L. Guzmán-Dalbora. Valparaíso: Edeval.
- Código de Procedimiento Penal Chileno (2017), en Leyes-Cl.com. Recuperado de http://leyes-cl.com/codigo_procesal_penal.htm.
- Congreso de la República (2011). Proyecto de Acto legislativo 216 de 2011 Cámara. Por el cual se reforma el artículo 250 de la Constitución Política. En *Gaceta del Congreso* No. 206, 27 de abril de 2011. Bogotá: Imprenta Nacional. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3
- Congreso de la República (2011). Proyecto de Acto Legislativo 216 de 2011, Cámara. Por el cual se reforma el artículo 250 de la Constitución Política. En *Gaceta del Congreso* No. 226, tres de mayo de 2011. Bogotá: Imprenta Nacional. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3
- Congreso de la República (2011). Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de Acto Legislativo número 020 de 2011 Senado, 216 de 2011 Cámara, por el cual se reforma el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política. En *Gaceta del Congreso* No. 394, ocho de junio de 2011. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3
- Congreso de la República. (2011). *Informe de Conciliación al proyecto 020 de 2011 Senado, 216 de 2011 Cámara (Primera Vuelta)*. *Gaceta del Congreso* No. 719, 26 de septiembre de 2011. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=02&p_numero=73&p_consec=30395.
- Congreso de la República (2015). Proyecto de Ley 48 de 2015 Senado. Por medio del cual se definen las contravenciones penales, se establece un procedimiento especial abreviado para ellas y se regula la figura del acusador privado; Exposición de Motivos. En *Gaceta del Congreso* No. 591, doce de agosto, Bogotá: Imprenta Nacional. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=48&p_consec=42452

- Congreso de la República (2016). Acta de comisión 15 del 20 de septiembre de 2016 Cámara. Comisión primera constitucional permanente acta número 15 de 2016, septiembre 20. En *Gaceta del Congreso* No. 834 de cuatro de octubre de 2016. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=834&v_anog=2016
- Congreso de la República (2016). Informe subcomisión al proyecto de ley 171 de 2015 Cámara, 48 de 2015 Senado. por medio de la cual se definen las contravenciones penales, se establece un procedimiento especial abreviado para ellas y se regula la figura del acusador privado. En *Gaceta del Congreso* No. 754, catorce de noviembre de 2016. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=754&v_anog=2016
- Congreso de la República (2016). Acta de audiencia pública del 27 de octubre de 2016 Cámara. Comisión Primera Constitucional Permanente audiencia pública de 2016, octubre 27. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1007&p_numero=%20&p_consec=46738
- Congreso de la República (2016). Informe de ponencia segundo debate proyecto de ley 171 de 2015 Cámara, 48 de 2015 Senado. Por medio de la cual se establece un procedimiento especial abreviado y se regula la figura del acusador privado. *Gaceta del Congreso* No. 960, dos de noviembre de 2016. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=171&p_consec=46425#_ftnref1
- Corporación Excelencia en la Justicia (2010). *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia y Embajada Británica.
- Fernández, G. D. (2004). *Bien Jurídico y Sistema del Delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*. Buenos Aires-Montevideo: B de F.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y Razón* (trad, P. Andrés Ibáñez). Madrid: Trotta.
- Gómez, J. L. (2010). Dogmática penal y proceso penal, algunas disfuncionalidades relevantes de la actualidad. *Cuadernos de Derecho Penal* (3), 9-36.
- Guerrero, O. J. (2010). *Control de Garantías*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Hassemer, W. (2009). *Verdad y Búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*. México D. F.: Ubijus.
- Hormazábal, H. (1992). *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Santiago de Chile: Jurídica Cono Sur.
- Horvitz, M. I. López, J. (2004). *Derecho Procesal Penal chileno* (T. II). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Jakobs, G. (1991). *Derecho Penal. Parte General y fundamentos de la teoría de la Imputación* (trad. J. Cuello-Contreras). Madrid: Marcial Pons.
- Ley Orgánica 1 (2015, marzo 30). Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En *BOE* núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 2706-27176, Madrid: Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439
- Liszt, F. von (1927). *Tratado de Derecho Penal* (T. II). Madrid: Reus. López-Gastón, R. D.
- López, R. D. (2015). *Reacciones penales innecesarias en un modelo de derecho penal mínimo. Un estudio crítico sobre las disputas científicas en torno al derecho penal sancionador*. Buenos Aires-Montevideo: B de F.
- Miranda, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- Navas, J. A. (2015). La reforma penal y el procedimiento para delitos leves. *Revista la Toga. Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla* No. 191, mayo-diciembre, Dossier, pp. I-XVI. Recuperado de <http://revistalatoga.es/la-reforma-penal-y-el-procedimiento-para-delitos-leves/>
- Rivas, F. (2016, septiembre 16). Las 10 leyes mas absurdas u obsoletas que siguen vigentes en Chile. *Biobiochile.cl*. Recuperado de <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2016/09/16/10-leyes-absurdas-u-obsoleteas-que-siguen-vigentes-en-chile.shtml>
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del delito* (T. I), trad. D. M. Luzón-Peña. Madrid: Civitas.
- Schünemann, B. (2002). *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio*. Madrid: Tecnos.
- Schünemann, B. (2007). *¡El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos!* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Welzel, H. (1976). *Derecho Penal Alemán* (trad. de J. Bustos-Ramírez y S. Yáñez-Pérez, 2 ed). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

LA PRUEBA DE REFERENCIA Y SU AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE CONTRADICCIÓN Y CONFRONTACIÓN

THE HEARSAY EVIDENCE AND ITS AFFECTATION TO THE RIGHTS OF CONTRADICTION AND CONFRONTATION

*Nancy Jeanet del Pilar Martínez Méndez**

Resumen

Este trabajo expone la problemática surgida en Colombia a partir de la consagración legal, el desarrollo jurisprudencial y la puesta en práctica, de la prueba de referencia dentro del proceso penal. Aquí se sostiene que dicho instrumento infringe los derechos de confrontación y contradicción, que amparan a toda persona y, en especial, a la acusada, dado que no está revestido de mecanismos que garanticen esas potestades universalmente reconocidas de interrogar o hacer interrogar a los testigos de la contraparte y de participar en la formación, control y desarrollo, de la prueba bajo idénticas condiciones y prerrogativas a las de su adversario. Ello resulta contrario a la Carta Política y a los tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Palabras claves

Juicio oral, contradicción, confrontación, testigo, prueba de referencia.

Abstract

This article exposes the problems arising in Colombia since the legal consecration, the jurisprudential development and the implementation of the 'hearsay evidence' in the criminal process. On this paper is the fact that this instrument infringes the rights of confrontation and contradiction that protect every single person, especially the defendant, given that it is not covered by mechanisms that guarantee those rights universally recognized to interrogate or make interview the witnesses of the counterpart and participate in the training, control and development of the test under identical conditions and prerogatives to those of the adversary. This is contrary to the Political Charter and international treaties on human rights that are part of the constitutionality block.

Keywords

Oral judgment, contradiction, confrontation, witness, hearsay evidence.

* Magíster en Derecho, Especialista en derecho penal y criminología, procesal penal y Justicia penal militar y derecho de los niños; juez penal; este trabajo fue presentado como artículo de reflexión para optar al título de Magister en Derecho.

Introducción

El conainterrogatorio es “la más célebre arma jurídica jamás inventada para el descubrimiento de la verdad” (Wigmore, 1974, como se citó en Vélez, 2010, p. 10). Si se parte del axioma según el cual la Carta Política de 1991 constitucionalizó el derecho penal (Corte Constitucional, Sentencia C-127, 1993) y de que su actual sistema de enjuiciamiento responde a sus exigencias (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005), conviene entonces estudiar si la Ley 906 de 2004 al regular la prueba de referencia, lo hace no sólo bajo el principio general de su prohibición y reglas de admisibilidad restringida sino también, y de manera principal, en acato y respeto a los derechos fundamentales de confrontación y contradicción. No obstante, al lado de ello la realidad jurídica revela que la praxis de este instituto se impone de forma progresiva al interior de la justicia penal a través de reformas legales, reglas de admisibilidad cada vez más crecientes y, en fin, gracias a un desarrollo jurisprudencial de las altas cortes que pareciera no conseguir avenirse con los mandatos de orden constitucional ni al modelo con tendencia acusatoria que rige.

En consecuencia, su uso hasta ahora no reglamentado permite que cualquier medio suasorio (que no puede catalogarse como verdadera prueba y es recopilado en desarrollo de simples actos de investigación, generalmente por parte de policía judicial) sea introducido al juicio oral sin más exigencia de que ello se haga con el testigo de acreditación (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicada 36023, 2011), con quien se entiende satisfecho a plenitud el derecho a conainterrogar y, así, se convierte en cimiento fundamental de sentencias, en su mayoría condenatorias, pese a la tarifa legal negativa que le asigna el artículo 381 de la Ley 906 de 2004. De esta forma, su aplicación así vista puede ser blanco de grandes cuestionamientos pues no debe soslayarse que todo el ordenamiento –incluido, por supuesto, el bloque de constitucionalidad– ampara los derechos de confrontación y contradicción; así mismo, que el juicio oral es la fase que mayor extensión da a los principios y garantías procesales, a la vez que construye públicamente la prueba entendida como la actividad procesal de las partes y del juez por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de los datos allegados al proceso (Barona, 2017, p. 380); y, en fin, que en la Ley 906 de 2004 solo es prueba aquella practicada en dicha vista pública –considerada su etapa reina– y que, hasta su excepción, la prueba anticipada demanda exigencias muy claras y precisas para su admisión y práctica.

Como es de suponer, bajo tales axiomas no deja de generar preocupación que elementos de conocimiento, evidencia física e información legalmente obtenida, ingresen al juicio oral con la única exigencia de que los incorpore el testigo de acreditación y se valoren, junto con su dicho, como un todo en la sentencia. Tal proceder, arrasa las garantías judiciales mínimas de contradicción y confrontación, lo que se deriva de la consagración legal de la prueba de referencia en el Código de Procedimiento Penal y de dos de sus reformas –cuales son las Leyes 1453 de 2011, artículo 63, y 1652 de 2013– en concordancia con las decisiones

adoptadas por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que inspiraron tales modificaciones y que constituyen precedente judicial de obligatorio acato por parte de los jueces (Corte Constitucional, Sentencia T-123, 1995).

Así, pues, no cabe duda de la pertinencia de la presente investigación, pues ella aborda un problema jurídico de notable interés; la prueba de referencia, además de singular y novedosa, acarrea serios problemas incluso de rango constitucional. En la práctica, no está condicionada a la posibilidad de interrogar o hacer interrogar al deponente de cargo y a que la parte contra la que se opone cuente con la posibilidad de participar en su formación, desarrollo, control y vigilancia, en igualdad de condiciones a las de su oponente. Además, en el plano global está catalogada como uno de los temas probatorios que más dificultad, controversia y confusión, acarrea; su regulación, se afirma, es una de las materias más complejas y técnicas, por ejemplo, en Estados Unidos y Puerto Rico (Chiesa, 2005, p. 565). Por ello, si desde este plano internacional en varias latitudes, pero en especial en Latinoamérica, las últimas reformas defienden un sistema acusatorio entonces es ineludible que ellas tengan que enfrentarse a la prueba de referencia y, si acogen su praxis, ello demanda una regulación que contrarreste las vulneraciones a las garantías judiciales mínimas.

En ese contexto, el problema central que motiva la presente investigación se concreta en la siguiente pregunta: ¿el instituto de la prueba de referencia, conforme a su regulación en la Ley 906 de 2004, su desarrollo jurisprudencial y aplicación, infringe los derechos de confrontación y contradicción? Al buscar dar respuesta al asunto, se pretende poner de manifiesto los efectos dañosos que puedan estar produciendo la Ley 906 de 2004 en materia de regulación de esta especie de prueba, incluidas sus reformas, las decisiones de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, y la misma práctica de esta probanza y su incidencia negativa en esas dos garantías fundamentales de la persona que es juzgada. Ello, por posibles deficiencias en su reglamentación, modificaciones normativas que la han fortificado en pro de garantizar mayormente los derechos de las víctimas y, agréguese, por una hermenéutica que no se acompasa con nuestra norma ritual.

Para dar solución al problema jurídico planteado, en este trabajo se manejan básicamente investigaciones de despacho y documentales apoyadas en la legislación nacional y foránea existente, lo mismo que en la jurisprudencia y la doctrina que sobre la materia concurren. Igualmente, dentro de tal investigación documental se acude a la argumentativa exploratoria, dado que se aspira a abordar el tema de manera crítica. Dicho lo anterior, el objetivo general de la presente investigación es demostrar que la prueba de referencia infringe los derechos de confrontación y contradicción, desde su misma regulación en la Ley 906 de 2004, el desarrollo jurisprudencial, y su aplicación.

Ahora bien, para cumplir con ese propósito se abordan los siguientes asuntos: en primer lugar, se define el instituto de la prueba de referencia y se explica qué la caracteriza; en segundo lugar, se precisan las ideas básicas sobre los derechos de contradicción y confrontación para lo cual, de manera previa, se abordan las problemáticas atinentes

a la constitucionalización del derecho procesal penal nacional y las características esenciales del sistema penal acusatorio, con especial énfasis en el probatorio y el debido proceso. Así mismo, en tercer lugar, se estudian las posiciones a favor y en contra de la prueba de referencia; y, para culminar, se adopta una postura sobre el asunto y su repercusión en los derechos de contradicción y confrontación. Al final se consignan las conclusiones y las referencias que sirvieron para confeccionar el texto.

La prueba de referencia

Origen y concepto.

Este instituto surge al interior del sistema jurídico del *common law* y en Colombia solo aparece por primera vez en el Proyecto que se presentó a consideración de la Comisión Permanente Constitucional que sirvió de base para sus trabajos y, con postelación, luego para la expedición de la Ley 906 de 2004, todo ello con base en la normativa prevista en el Código de Procedimiento Penal de Puerto Rico que es de tendencia anglosajona (Avella, 2007, pp. 38 y ss.). Es más, literalmente la expresión equivale al dicho de lo oído o evidencia de rumor u oídas, según la traducción literal de la expresión *hearsay evidence*; de hecho, el canon 801 de la *Federal Rules of Evidence* (1975) en los Estados Unidos la entiende como “[...] manifestación realizada por vía distinta a la prueba testifical por el declarante en juicio oral o en audiencia judicial, para probar la verdad de la cuestión de hecho afirmada”, mientras la Regla 801(c) la define para señalar que «[e]s una declaración que no sea la que la persona declarante hace en el juicio o vista, que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado» (Vélez, 2010, p. 17). A su turno, ello se asemeja al tenor literal del artículo 60 de la Regla de Evidencia de Puerto Rico (Chiesa, 2005, p. 567).

Así las cosas, al interior de ese procedimiento anglosajón se le define o bien por su estructura básica (una afirmación y la finalidad especial para disponer de esta evidencia dentro del juicio, es decir, una declaración diversa a la que hace el deponente en tal vista y que se ofrece para ratificar lo afirmado), o como una evidencia más, cuyo valor no depende solo de estar ligada al testigo mismo, sino que cumple la labor de reafirmar una prueba directa, desde su veracidad y competencia y a partir de informaciones que el deponente recibe de un tercero. Se le explica también como la declaración de un testigo quien refiere los conocimientos fácticos que ha adquirido por la comunicación proveniente de un tercero quien, de verdad, ha percibido de manera personal lo relatado (Velayos, 1998, p. 24; Bujosa, 2008, p. 57; y Guerrero, 2015, pp. 74 y ss.).

Desde su concepto primigenio y sustancial es, pues, una declaración obtenida por fuera del juicio oral que contiene una afirmación y busca demostrar la verdad de lo aseverado y de allí que se pretenda incorporar como evidencia; compartiéndose ese primer elemento, su empleo en el proceso penal hace alusión a los hechos que son objeto del mismo (Regla 60, Reglas de evidencia para el Tribunal General de Justicia, 1979; Chiesa, 2005, p. 565; Vélez, 2010, p. 18; y, Parra, 2011, p. 777). También, se le identifica con el testimonio de oídas por cuanto el deponente no ha percibido ni experimentado el hecho por sí mismo, sino indirectamente y a través de los involucrados o terceros, es

decir, que ha escuchado lo que depone en juicio (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 24468, 2006; y, Consejo de Estado, radicado 17629, 2009).

La regulación nacional.

El asunto está previsto en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, en los siguientes términos:

Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

Esta definición guarda grandes similitudes con el ya citado canon 60 de las Reglas de evidencia para el Tribunal General de Justicia, 1979 y/o el tenor literal de la 801 de las Reglas de evidencia de los Estados Unidos. Empero, igual se advierte que la Ley 906 de 2004 no especifica ni la declaración ni el declarante, como tampoco el requisito según el cual la declaración se debe presentar con el propósito de probar la verdad de lo dicho. No obstante, se resalta que la Corte Suprema de Justicia sí incorpora tal exigencia, tanto que redefine la prueba de referencia como la evidencia con la que se busca acreditar la conformidad con la verdad de una declaración vertida por fuera del proceso, por una persona determinada, indisponible para testificar en juicio, a fin de dar a conocer hechos que percibió directamente y que son importantes para afirmar o negar cualquier aspecto sustancial del debate (Corte Suprema de Justicia, radicado 27477, 2008); de hecho, destaca como una de sus peculiaridades más notorias (lo que marca la diferencia con la directa) la de probar la verdad de una declaración vertida por fuera de la vista principal, por parte de alguien que conoció directamente aspectos que competen a la justicia, pero que no concurre al proceso (Bedoya, 2008, pp. 125 y ss.).

A su turno, el órgano encargado del control de constitucionalidad la entiende como la declaración recibida por fuera del debate oral y que se usa para los fines enunciados en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004 incluido otro asunto propio del juicio, siempre que no sea posible su recaudo en condiciones de normalidad, esto es, ante el juez y en tal vista principal (Corte Constitucional, Sentencia C-144, 2010). Desde otra arista y en contraste con la definición contenida en ese artículo 437 de la Ley 906 de 2004, la prueba de referencia se entiende aplicable a cualquier medio probatorio siempre que se den dos requisitos: el primero, que se utilice el proceso para transmitir a los adversarios lo que una persona declaró fuera de este; y el segundo, que el autor de estas afirmaciones se halle imposibilitado de acudir al mismo a transferir su conocimiento directo de los hechos investigados, a dichos oponentes (Reyes, 2008, p. 380).

Todas esas visiones de lo que es la prueba de referencia inciden de manera importante para su aplicación, desde dos enfoques. El primero, se centra no en la verificación de un hecho o sus circunstancias, sino en que lo declarado por fuera del juicio sea la verdad; y, el segundo, desde un criterio funcional, considera como componente importante la constatación de la verdad sobre la existencia de un suceso, a partir de cualquier

evidencia obtenida de manera indirecta. Por consiguiente, la identificación normal que se ha tenido de esta probanza como testimonio indirecto, ha cedido y se extiende a documentos o a cualquier otro elemento suasorio (experticias, actas de reconocimiento fotográfico, vestigios, armas, etc.) que lleven a la demostración del evento.

El ordenamiento jurídico patrio se inclina por el criterio funcional, por cuanto asigna a la prueba de referencia la tarea de excluir o probar elementos del delito, entre otros aspectos, a través de cualquier evidencia física o elemento material de prueba (Guerro, 2015, pp. 96 y ss.). Tan clara resulta dicha postura, que el máximo tribunal de justicia en materia penal la defiende y confirma en varias providencias (Corte Suprema de Justicia, radicados 26411, 2007; 27477, 2008; Auto 33021, 2010; Auto 34991, 2011; y 36011, 2011). De hecho, en el primer proceso aludido (Radicado 26411, 2007) expone que las pruebas de referencia introducidas a la vista principal, a través del testigo de acreditación y que se emplean, entre otros aspectos, para probar o excluir uno o varios elementos del delito, deben apreciarse a la luz de los artículos 438 al 441 de la Ley 906 de 2004. Ello, porque al ser legítimamente incorporadas son prueba del juicio y además óptimas para definir la responsabilidad penal en cualquier sentido, es decir, condenando, exonerando de cargos o absolviendo por estado de duda. Y, en el segundo (Corte Suprema de Justicia, radicado 27477, 2008) presenta esta prueba para corroborar si la conducta es típica, si hubo participación del agente y en qué grado, las circunstancias de atenuación o agravación, si existió o no daño, en fin, otros aspectos estructurales del delito, como la antijuridicidad o culpabilidad. Es más, en postura reciente (Corte Suprema de Justicia, Sentencia, radicado 44056, 2015), ya no se exige la incorporación de prueba de referencia a través de la persona que la recaudó antes del juicio, sino que, por el principio de libertad probatoria, las partes pueden usar cualquier probanza para corroborar existencia y contenido de esa declaración previa a la vista principal. En fin, desde otra perspectiva, deben destacarse las esenciales caracterizaciones de la prueba de referencia: su rechazo o exclusión y su admisibilidad restringida y excepcional.

La exclusión de la prueba de referencia.

En sus orígenes y al interior del derecho inglés, la prueba de referencia fue rechazada (principio general de su prohibición) por constituir una “historia proveniente de la boca de otro”; era, especialmente, sospechosa por cuanto su proponente descansaba en la declaración de un tercero por lo cual ello fue el desencadenante de su adopción como regla de exclusión. Pero ese no fue el único punto de acometida; doctrinalmente fue cuestionada por la desconfianza que generaba ante la ausencia de confrontación lo que desveló el quebranto a este derecho constitucional, en particular desde el contrainterrogatorio como uno de los pilares del sistema adversarial y por su función esencial entre los antagonistas (Vélez, 2010, pp. 5 y ss.).

Ahora, muy aparte de las causas que se quieran invocar como raíz de esa regla excluyente de prueba de referencia (por ejemplo, desde lo teleológico, por la ausencia del juramento y como garantía de no invocación de Dios en vano; o por la limitación de las funciones del jurado, ante el obstáculo de contrastar la fuente originaria de la prueba), lo importante es que su prohibición surge en el contexto de un depurado proceso acu-

satorio, influido por ese principio contradictor entre adversarios, en el que la oratoria asienta el cauce del conainterrogatorio sobre el testigo de cargo. Empero, tal probanza justamente lo que hace es impedir el interrogar o hacer interrogar al deponente del antagonista (Velayos, 1998, pp. 147 y ss.; Vélez, 2010, pp. 5 y ss.; Gómez, 2010, p. 391).

De hecho, el ordenamiento jurídico estadounidense consagra esa norma de exclusión de la prueba de referencia. Lo hace, en el canon 802, Federal Rules of Evidence (1975), al exponer que la regla contra el oído (*hearsay*) no es admisible, a menos que un estatuto federal, estas mismas reglas u otras prescritas por el Tribunal Supremo, así lo permitan. Puerto Rico también la contempla, Canon 61, Reglas de evidencia, 2009, y en las adoptadas para el Tribunal General de Justicia, 1979, Canon 804. Ambos tienen un contenido prácticamente idéntico, cuando se señala: “salvo que por ley se disponga otra cosa, no será admisible prueba de referencia sino de conformidad con lo dispuesto en esta Regla. Esta regla se denominará ‘regla de prueba de referencia’”.

Colombia no escapa a esa caracterización propia de la prueba de referencia. La regla general de exclusión se encuentra en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004; dicha disposición define como prueba solo la practicada en juicio, en forma pública, oral, concentrada, sujeta a confrontación y contradicción, y ante el juez de conocimiento. Además, el artículo 347 niega el valor probatorio de las exposiciones, por cuanto no se practican bajo la columna del conainterrogatorio. Por último, el artículo 402 *ibidem* ordena que los testigos solo pueden declarar sobre hechos que de manera directa y personal hayan percibido u observado.

Ahora, la jurisprudencia nacional es del criterio de que dicha norma de enjuiciamiento penal mantuvo, como principio general, la cláusula de exclusión o prohibición de la prueba de referencia, habida cuenta del mandato expreso para el juez de considerar solo como prueba la practicada y controvertida en su presencia, postulado que se ajusta a los sistemas de corte acusatorio que así la conciben (Corte Suprema de Justicia, Sentencias, radicado 27477, 2008; radicado 29609, 2008; y Auto, radicado 32050, 2009).

La doctrina nacional, junto con la extranjera, además de justificar la regla de exclusión propia de la prueba de referencia en pro de evitar el riesgo de admitirse datos equívocos o falsos, o que distorsionen el objeto del testimonio, coincide en que el razonamiento esencial para su rechazo es esa carencia de oportunidad para conainterrogar, dado que aparte de las dificultades que se crean desde la intermediación y la práctica de prueba dentro del juicio oral, se genera un riesgo en la estructura adversarial misma, pues esta decae y deja la función de acusar en un segundo plano al impedir que la prueba se forme dentro de ese campo dialéctico que le es propio. Es más, se estima, desde lo que arroja el simple sentido común, que la desconfianza generada por este medio probatorio, estriba en el quebrantamiento del derecho que le asiste a toda persona de confrontar al testigo que lo acuse, como garantía judicial que se impone en Colombia a través del bloque de constitucionalidad (Chiesa, 2008b, p. 342; Guerrero, 2015, p. 110; Parra, 2011, p. 780).

A título de síntesis, las razones principales que fundan la regla general de exclusión de la prueba de referencia y que atienden a factores intrínsecos del derecho probatorio

se centran en que esta no es practicada ante juez ni con la solemnidad y seriedad propia de los procesos jurisdiccionales; precisamente, esa falta de presencia del fallador hace que se le prive de la posibilidad de observar el comportamiento del deponente. Tampoco se desarrolla bajo la formalidad del juramento; menos frente a la parte perjudicada, es decir, el cara a cara como uno de los elementos que conforman el derecho de confrontación, pues la experiencia enseña que es más fácil mentir en ausencia y a espaldas de la persona afectada; y, por último, muy ligado a lo anterior, es que no permite el desarrollo del conainterrogatorio. Todo ello, sin dejar de lado la indisponibilidad del testigo, en algunos eventos (Chiesa, 2005, pp. 565 y ss.; Vélez, 2010, p. 5; Velayos, 1998, pp. 155 y ss.).

Admisibilidad restringida y excepcional.

Pasando ahora a la otra particularidad propia de la prueba de referencia, es decir, su aplicación excepcional, se tiene que su inicial rechazo y prohibición debieron ceder ante la necesidad de protección de valores similares. Así, la integridad del declarante (desde su parte física y emocional), el interés del Estado en el bienestar físico y psicológico de las víctimas de abuso infantil, la obligación de la administración de justicia de valerse de declaraciones anteriores al juicio (cuando ha sido imposible la comparecencia del testigo a juicio), el evitar que el deponente calle la verdad o la modifique (al hallarse enfrentado al acusado), todo ello ha llevado a acompasar esta prueba con los derechos constitucionales del acusado, en especial el de confrontación (Maryland *vs.* Craig, 1990; Bedoya, 2013, p. 107; Guerrero, 2015, p. 81).

Colombia no es ajena a esa consagración inusual, dado que el artículo 379 de la Ley 906 de 2004 textualmente expresa: “La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional”; además, contempla cláusulas residuales y discrecionales de aplicación tal como se infiere del contenido de su artículo 438, que es del siguiente tenor:

Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) Ha fallecido. e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código. También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada, memoria o archivos históricos.

Ahora bien, desde la jurisprudencia se corrobora su carácter excepcional y su praxis limitada a la ocurrencia de determinados eventos. Además, la Corte Suprema de Justicia transmite la idea según la cual la prueba de referencia, en términos generales, “tiende a acompasar sus propósitos con los parámetros internacionales de justicia” (Sentencia radicado, 24468, 2006). A su turno la Corte Constitucional (Sentencia C-144, 2010) declaró exequible la expresión “evento similar” que consagra el numeral b) del artículo 438 de la norma de enjuiciamiento penal; y la sentencia C-177 (2014) también halló conforme a la carta política su literal e) que permite la admisión como prueba de

referencia de la entrevista rendida por un niño víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, entre otros, pero ya con efectos *erga omnes* y de obligatorio acato. Esa admisión excepcional también se centra en los límites que contrae a garantías judiciales mínimas y a los efectos de confiabilidad de las declaraciones que se rinden en sede distinta a la del juicio (Bedoya, 2008, p. 182).

Respecto a las restricciones frente a su valor probatorio para condenar, la jurisprudencia señala que para el legislador la prueba de referencia es una evidencia frágil y vana para derruir por sí misma la presunción de inocencia a favor del acusado, por lo cual demanda la complementación probatoria de cualquier tipo pero de naturaleza diversa (Corte Suprema de Justicia, Sentencias, radicado 25920, 2007; radicado 27477, 2008), lo que de suyo guarda total armonía con el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 porque le impone a esta prueba una tarifa legal negativa cuando prohíbe que la sentencia condenatoria se fundamente sobre su sola existencia.

Finalmente, han de rememorarse los debates que se dieron al interior de la Cámara de Representantes acerca de la regulación de la prueba de referencia en la Ley 906 de 2004; entonces, la colegiatura estimó, desde las reglas probatorias en un sistema acusatorio, que su abuso representaba gran obstáculo en especial para la contradicción. De allí la justificada reducción de esa extensa casuística para su práctica que en ese instante acompañaba al proyecto, precisamente por el peligro que se corría de que su excepcionalidad se convirtiera en regla general (Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 01 de 2003).

En síntesis: el principio general de prohibición de prueba de referencia ha tenido que acceder a su práctica extraordinaria y restringida, no por otra razón que la salvaguarda de valores constitucionales, tales como la protección de víctimas y testigos; pero, eso sí, bajo cláusulas excepcionales de admisibilidad debidamente limitadas y un valor probatorio menguado al momento de fallar, en el entendido de que su existencia única no puede cimentar una condena.

Los derechos de contradicción y confrontación

Llegados a esta fase y para la adecuada comprensión de tales estándares internacionales, resulta imperioso precisar el contenido y alcance de la constitucionalización del derecho procesal penal colombiano, enumerar las características esenciales de su sistema penal con especial énfasis en lo probatorio, y, como es obvio, definir el debido proceso. Esto, por cuanto el Estado social y democrático de Derecho debe garantizar la efectividad de los principios y las potestades fundamentales de que se ocupa el orden constitucional (Suárez, 1998, p. 27) y, sin duda, el principal responsable de dicha protección es el poder público, según lo postula el artículo 2° de la Carta Política. Dentro de esta actividad intervencionista, el papel del juez adquiere gran impacto por su deber de inmersión en el orden constitucional y por su misión de garante de los derechos fundamentales de las personas, en el marco de las situaciones que ventila, lo que a su vez le implica adaptar la ley para el logro del valor de la justicia (Corte Constitucional, Sentencia T-406, 1992).

En el desarrollo de dicha labor jurisdiccional, se destaca el juez penal que como uno de los responsables de la función punitiva del Estado no puede hacer de la sanción su tarea primaria. Al contrario, debe acondicionar el proceso y sus decisiones no solo a los tratados internacionales de derechos humanos (que aplican directa y de forma preferente por mandato expreso de la Carta Política, pues ella los integró al orden constitucional y bajo su misma jerarquía (Constitución Nacional, 1991, artículo 93), sino al marco de las potestades individuales y principios constitucionales en especial los del sujeto pasivo de la acción penal (Bernal & Montealegre, 2013, p. 61). Dentro de esas prerrogativas a favor del acusado, sobresalen las contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, junto con el artículo 29 Constitucional, obligan al respeto irrestricto del debido proceso como derecho universal y que, a su vez, está comprendido por las garantías judiciales mínimas dentro de las que predominan para efectos de esta investigación la confrontación y contradicción. Estos dos estándares, con el acertado reconocimiento que les imparten los dos instrumentos internacionales acabados de citar, adquieren notable importancia dentro del sistema de corte adversarial que rige aquí, sobre todo dentro de su fase reina que es el juicio oral.

Lo anterior no obsta para que de forma restringida y excepcional estas dos garantías apliquen en etapas anteriores, pero, eso sí, con absoluto respeto para el inculpado de contrainterrogar al declarante de cargo y participar de la formación y desarrollo de la prueba, directamente o a través de su defensa técnica, y bajo las mismas prerrogativas que las del acusador. De allí la importancia de asimilar la constitucionalización del derecho penal, de identificar los rasgos característicos del Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, y de definir el debido proceso, pues ellos constituyen la estructura esencial para la exigencia de los derechos de confrontación y contradicción dentro del marco del sistema con tendencia adversarial que rige.

La constitucionalización del derecho procesal penal.

Como se ha dicho, el juicio “expresa del modo más exquisito los fines sociales relativos a la justicia penal” (González, 2011, p. 14); por ello, se entiende un ordenamiento jurídico constitucionalizado cuando al término de su proceso “resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales”; se le identifica por una Carta Política enormemente invasora, entremetida “y capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales (Guastini, 2003, pp. 153 y ss.).

Los anteriores rasgos tienen cabal aplicación en nuestro país. La Constitución, en el artículo 4º, se autoproclama como “norma de normas”, lo cual significa que impone su supremacía sobre cualquier disposición legal a la vez que ordena un rango superior a los valores y principios que consagra (Younes, 1993, pp. 118 y ss.); así, se difunde sobre toda ley que a su vez ha de tener siempre un fundamento constitucional, al que no puede resultar incompatible o contraria. A su vez, se explica dicho fenómeno en el derecho penal bajo el entendido de que tanto sustantiva como procedimentalmente, la Constitución integra preceptos y enuncia valores que inciden de manera sustancial en

tal rama, al tiempo que orienta y determina su alcance, sobre todo si de los derechos fundamentales se trata. Ello denota que el Legislador carece de facultades ilimitadas para definir los delitos y los procedimientos penales, pues tiene el deber de respetar tales potestades constitucionales de las personas y el fundamento y límite del poder punitivo del Estado; el fundamento, porque el *ius puniendi* ha de encaminarse a efectivizar esos derechos y valores constitucionales; y el límite, porque la política criminal del Estado no puede excluir los derechos y la dignidad humana (Corte Constitucional, Sentencia C-038, 1995).

En torno a la constitucionalización del actual sistema procesal penal puede considerarse que se está frente a la misma si la Carta Política reconoce a toda persona, entre otros derechos, que su causa sea pública, que sea asistida por un defensor y que “pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra” (Bernal & Montealegre, 2013, p. 50); sobre idéntico tópico, la reforma introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002, según su exposición de motivos, buscó implantar un sistema con tendencia acusatoria y, dentro de este, proclamó el juicio oral como eje del proceso. Lo hizo, al ser la vía más idónea para el cabal respeto de los derechos de las personas durante la investigación y el juzgamiento; también, por constituir el escenario apropiado para desarrollar el único debate probatorio entre la fiscalía y la parte acusada, mediante la práctica de pruebas realizadas bajo los principios de inmediación, contradicción y publicidad y con la eficacia suficiente para destruir la presunción de inocencia (Proyecto de Acto Legislativo 237/2002C). Así, el procedimiento penal en su tarea interpretativa debe atender, además de las normas contenidas en su código, a las de ese Acto legislativo y a las disposiciones pertinentes de la Carta Política que envuelven aquellas que se integran al bloque de constitucionalidad por mandato del artículo 93 Superior, en especial lo normado en los artículos 8, 9 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 4 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005).

Las características del sistema penal acusatorio colombiano; tópicos probatorios.

La singularidad más importante de nuestro proceso penal está dada por la separación de las funciones de investigar, acusar y juzgar, lo cual acarrea las siguientes consecuencias: quien acusa no juzga, pues ambas atribuciones están en cabeza de órganos diferentes; la decisión de condena debe establecerse a instancias de la Fiscalía; la investigación es una actividad que prepara al juicio oral y suministra el material necesario para que opere la contradicción, con lo que adquiere eficacia la inmediación; el proceso penal se mantiene como una actividad del Estado; y prevalecen la oralidad y la publicidad (Bernal & Montealegre, 2013, p. 196). Igual, tal sistemática mantiene la figura del ministerio público (figura muy distinta a la del derecho comparado) y otorga reconocimiento especial a las víctimas (Arciniégas, 2005, p. 43), al tiempo que concibe al juez de conocimiento como el director de la vista principal, quien recibe de las partes las pruebas con las que se funda la sentencia, y el juicio oral es entendido como sinónimo de proceso penal (Urbano, 2012, pp. 183 y ss.).

Tal sistema posee características propias y especiales que propenden por el fortalecimiento de la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba y el establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado. Enfatiza la labor del juez de control de garantías y de conocimiento que va más allá de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales porque debe buscar la aplicación de una justicia material, y, sobre todo, ser “el guardián del respeto de los derechos fundamentales del imputado o acusado y las víctimas” (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005). En cuanto a la defensa tiene atribuidas tareas tales como controvertir las pruebas e interrogar y contrainterrogar testigos y peritos en audiencia pública. Así mismo, le reconoce al imputado el derecho al ejercicio de todas las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005).

Por su parte, las particularidades del derecho probatorio dentro de dicho sistema penal pueden extraerse de las ponencias surtidas al interior de la Cámara de Representantes en el primer debate para la expedición del Código de Procedimiento Penal del año 2004. Allí se lee que la novedad más trascendente radica en que durante la investigación pueden recaudarse al máximo elementos materiales probatorios, pero estos solo se convierten en prueba cuando se practican y someten a la contradicción de las partes en la audiencia de juicio oral (Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 01/2003S).

A su turno, el Acto Legislativo 03 de 2002 igual permeó ese tema probatorio con el abandono del principio de permanencia de la prueba, es decir el cambio para su escenario al no construirse ya durante todo el camino procesal y con la validez suficiente para fallar, sino solo en curso de la vista principal y con todas las garantías judiciales mínimas. Entonces, los medios suasorios recopilados durante la investigación “no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral” (Sentencia C-591, 2005); así, la prueba ya no está desperdigada en los diversos estadios rituales y menos se muestra secreta y escrita, para luego ser valorada por un juez que no participó en su recaudo, sino que pasa a practicarse en juicio y en su presencia (Sentencia C-591, 2005).

El debido proceso.

Se trata, sin duda, de una garantía universal que alcanzó la categoría de norma *ius cogens* al incorporarse en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Carmargo, 2005, p. 19). Igual, constituye un límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado en la medida en que solo legitima y legaliza su ejercicio si lo adecúa y racionaliza en términos constitucionales (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 41712, 2016). Se le explica como ese conjunto de requisitos que han de acatarse en todas las instancias del proceso, de tal manera que las personas involucradas puedan defender sus derechos adecuadamente frente a los actos del Estado que los afecten; ya en materia penal, incluye no solo las garantías mínimas previstas en el artículo 8 de la Convención Americana sino las consagradas en otros instrumentos internacionales, como por ejemplo el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pero se puede hablar realmente de la existencia de un debido proceso, aparte de su legalidad, cuando hace propios los contenidos axiológicos que imponen o se derivan de las normas constitucionales e internacionales y que se relacionan, entre otros muchos derechos, con la defensa, igualdad, contradicción de la prueba, juicio oral, público y contradictorio y un fallo justo (Fernández, 1998, p. 404). Por lo tanto, el debido proceso se asemeja al juicio público y justo, conceptos ambos del derecho procesal que se entrelazan entre sí y que no solo constituyen la base y límite para la función jurisdiccional del Estado, en especial en el ámbito penal, sino que a la par consolidan el fundamento para el ejercicio de todas las garantías judiciales con asiento constitucional (Camargo, 2005, p. 26).

Ahora, en lo atinente al debido proceso probatorio debe decirse que corresponde al acopio de formalidades y exigencias que demanda el ordenamiento jurídico para la elaboración, validez y eficacia de la prueba; remite, pues, al entendimiento del rol y la actuación que a cada cual le compete en la construcción de esa propuesta probatoria, para que así dicho derecho sea una realidad. De forma concreta, en la Ley 906 de 2004 está integrado por principios tan esenciales como los de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, al punto de que su inobservancia lleva a pregonar un abierto desacato a las garantías esenciales de algunas de las partes. Es más, bajo su amparo y de conformidad con el artículo 29 Constitucional, el sujeto pasivo de la acción penal tiene el derecho en curso de toda la actuación procesal a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 34131, 2014). En conclusión y desde cualquiera de sus concepciones, el debido proceso es ese principio madre del que emanan todos y cada uno de los restantes propios de un investigativo penal (Velásquez, 1987, p. 7).

El derecho de contradicción.

También el llamado de controversia adquiere todo su esplendor en el sistema penal acusatorio, sobre la base del principio latino *audiatur et altera pars* (dejar a la otra parte), es decir que debe darse audiencia a ambos adversarios en igualdad de condiciones, además de ser oídos antes de resolver cualquier cuestión (Morales, 2014, p. 282). Al tiempo, deriva su existencia del juramento de los jueces en Atenas: “Prometo escuchar al demandante y al demandado, a ambos de igual manera” y de un refranero jurídico Germano: “El discurso de uno solo no es ningún discurso; es equitativo escuchar a ambos”, lo que le permite concluir que no existirá prueba oculta y que a través de su descubrimiento viene el ejercicio de contradecir, es decir, de contraprobar. Rechaza la prueba secreta que es la practicada a espaldas de una de las partes, a tal punto que debe negársele valor, pues al no llevarse al proceso con conocimiento y audiencia de todas aquellas, impide ejercitar el derecho a controvertirla. De hecho, aquella practicada antes del proceso o extrajudicialmente debe ser ratificada en su curso, para que así se satisfaga el principio de contradicción. Es más, tal como ocurre en Estados Unidos, conviene exigirse que para la praxis probatoria antes del proceso se cite a quien luego será su oponente, de tal manera que así pueda intervenir en su ejercicio (Devis, 2006, p. 115).

La contradicción, además de ser una característica intrínseca al enjuiciamiento, exige que los litigantes puedan disponer de idénticas posibilidades a las de su adversario en cuanto a cada prueba, alegato y, en general, a toda la actividad procesal que desenvuelva una parte, pues la contraria ha de contar con la oportunidad de desarrollar una similar (Carocca, 1997, p. 308; Gimeno, 1993, p. 48). También se le entiende como la garantía para que la producción de las pruebas se surta bajo la vigilancia de todos los sujetos procesales y así cuenten con la facultad de intervenir en su formación, conocerlas, controvertirlas y, en general, realizar todas las observaciones que sean pertinentes en curso del debate, potestad que aplica para las incorporadas en juicio oral y las practicadas anticipadamente, lo que impone el deber de agotar los actos indispensables a la comparecencia de las partes y que ya en su praxis no se obstaculice ni tácita ni expresamente tal intervención, sin obviar el debate ideológico de la prueba (González, 2011, p. 107; Villamil, 1999, p. 90; Martínez, 2006, p. 23; Fierro, 2006, p. 311). Este axioma, pues, guarda íntimo vínculo con los principios de unidad y comunidad de la prueba porque si las partes –en especial el acusado– tienen la potestad de usar en beneficio propio los medios que emplea su adversario, es apenas lógico que gocen de oportunidad de intervenir en su praxis (Aristizábal, 2002, p. 108).

Recapitulando, se puede decir que esta garantía judicial exige que las partes se hallen en pie de igualdad contradictoria por cuanto el acusador público no tiene poder ni privilegio alguno sobre el inculpado; así, es deber del juzgador escucharlos sin conceder ningún tipo de ventajas. Por lo tanto, habla de ese encuentro relacional de adversarios que, precedido por la idea de controversia o contienda, permite luchar por la preponderancia de lo que estiman es la verdad procesal; en otras palabras, “todos los actos en que se expresa el *principio de contradicción* equivalen a momentos de un conflicto entre verdades judiciales contrapuestas”, esto es “entre aserciones que enuncian o sostienen hipótesis acusatorias y aserciones que las *contradicen*, confutando con ello no sólo su verdad, sino también la validez de los preceptos en que se apoyan”. (Ferrajoli, 2004, p. 543).

El derecho de confrontación.

El careo en silencio con los testigos de cargo sería un gesto simbólico y el Derecho no se nutre con ritos (*Pueblo v. Ruiz Lebrón*, 111 D.P.R. 435,442, 1981, como se citó en Chiesa, 2008a, p. 391); por ello, abordar el estudio de ese derecho dentro del derecho procesal penal colombiano es tarea reciente, porque antes de la implantación del sistema con tendencia acusatoria en el país tenía preponderancia la contradicción y hasta se le entendía integrada a esta garantía, bajo el trípode de su concepción: acusación-defensa, hecho-norma y derecho a confrontarse con los testigos de cargo (Aristizábal, 2002, p. 22; Granados, 1996, p. 22). Empero, al entrar en vigencia el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, la confrontación adquiere vida propia como derecho fundamental y a la vez principio rector dentro del proceso penal patrio (Bedoya, 2013, p. 24). Como derecho fundamental, porque al concordarse forzosamente los artículos 29 y 93 de la Constitución Nacional y la norma procesal penal con los tratados internacionales sobre derechos humanos que obligan a nuestro país (Constitución Política, 1991, art. 93), se lee en el Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8 que “2 [...] Durante el proceso,

toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal [...]”; al igual, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, se expresa que “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas” y, en el literal e), se indica: “A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”. Como principio rector, al estar contenido expresamente en los artículos 8 y 16 de la Ley 906 de 2004, que justo están ubicados en su “Título Preliminar de los Principios Rectores y Garantías Procesales”, bajo el siguiente contenido: Para el primero y como derecho de la persona inculpada a “interrogar en audiencia a los testigos de cargo” directamente o por medio de su abogado; y, para el segundo, bajo el entendido de que “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”. Nótese así que el legislador patrio con estas normas procesales diferenció absoluta y expresamente la confrontación de la contradicción, por lo que hoy ya no se les puede dar la misma definición y menos teniéndoles como sinónimas, ni tampoco incorporada la primera de estas garantías en la segunda.

A lo anterior se añade que, como aquí se incorporaron componentes procesales propios del sistema anglosajón, obligado rumbo es el estudio de este derecho de cara al sistema de enjuiciamiento de Estados Unidos y Puerto Rico (Guerrero, 2006, p. 1048). Esa garantía está consagrada en la Sexta Enmienda a la Constitución del primer país, en el entendido de que “en toda causa criminal, el acusado gozará del derecho [...] de que se le caree con los testigos que depongan en su contra [...]”; a su turno, la legislación Puertorriqueña la recoge en su Regla 40 de las Evidencias, así: “Un testigo podrá testificar únicamente en presencia de todas las partes involucradas en la acción y estará sujeto a ser interrogado por todas ellas, si estas optan por asistir a la vista y por interrogar al testigo”. La Constitución del Estado Libre Asociado la concreta en su artículo II, Sección 11, al establecer que “En todos los procesos criminales, el acusado disfrutará del derecho a [...] carearse con los testigos de cargo”; igual, en una de las decisiones de su Tribunal Supremo se señala que “el interés protegido por este derecho es el de evitar que una persona pueda ser viciosamente sometida a los rigores de un proceso criminal mediante deposiciones o declaraciones ex parte de testigos”, es decir, la concedida a instancia y a beneficio de uno solo de los adversarios (Vélez, 2010, p. 63; Caso Pueblo *vs.* Ríos Noguera, 1983, como se citó en caso El Pueblo de Puerto Rico *vs.* González Vega, 1999). Desde el ámbito constitucional puertorriqueño, es un derecho indisputable y se considera, además, que tiene tres aspectos esenciales, el careo con los testigos adversos, el contrainterrogatorio y la exclusión de cierta prueba de referencia que pretenda utilizar el acusador como inculpatoria; empero se acepta, en últimas, que se respeta esa garantía si se cuenta con la oportunidad de contrainterrogar (Chiesa, 2008a, pp. 389 y ss.).

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la garantía a interrogar a los testigos, en el caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, expresó muy breve pero sustancialmente que “154. Dentro de las

prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa". Más aún, el esencial propósito de la confrontación es asegurar al oponente la oportunidad de contrainterrogar; el adversario, según Wigmore (1974), "exige confrontación, no con el vano propósito de mirar el testigo o que este lo mire a él, sino con el propósito de contrainterrogarlo que solo se logra mediante la directa formulación de preguntas y la obtención de respuestas inmediatas" (como se citó en Chiesa, 2008a, p. 391).

Sin embargo, se ha estimado que lo importante es el requisito en cuya virtud la parte contra quien se ofrece el anterior testimonio cuenta con una razonable oportunidad de contrainterrogar, por lo cual el acusado o su abogado deben haber estado presentes en esa vista anterior o haber tenido adecuado aviso y oportunidad para comparecer; entonces, el contrainterrogatorio en sí, naturalmente, no es esencial, en cambio sí la oportunidad ofrecida para llevarlo a cabo y a la que se renuncia (McCormick, 1954, p. 482).

Si se desciende a nuestra jurisprudencia y en lo que toca a las decisiones de la Corte Constitucional, la verdad es que no se encuentra un análisis concreto y definido del derecho de confrontación, sino que esa garantía de contrainterrogar a los testigos de cargo la entiende integrada, primordialmente, a la contradicción. En efecto, se sostiene que la controversia es la agraviada con la prueba de referencia, pero soslaya la confrontación (Corte Constitucional, sentencia C-144, 2010); la misma postura se mantiene en otras oportunidades (Corte Constitucional, radicados T-117, 2013 y la C-177, 2014), en las cuales se discute esa potestad de contrainterrogar a testigos versus la prueba de referencia pero, aun así, la Corporación no apunta a la confrontación y mucho menos dice de su carácter como estándar constitucional.

No obstante, el panorama es distinto en otro de nuestros más altos tribunales que sí se ocupan del derecho de confrontación (Corte Suprema de Justicia, radicados 32872, 2010 y 36518, 2013); es más, en decisión reciente le dedica un importante análisis que se puede resumir, así: infiere que se desprende del propio contenido del artículo 29 de la Carta Política así como del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos; lo diferencia de la contradicción, en la medida en que esta se puede garantizar aun cuando el testigo no comparezca a juicio, por ejemplo cuando la defensa presenta pruebas, para rebatir la teoría de la Fiscalía o aporta evidencia encaminada a cuestionar la credibilidad de algún deponente; en cambio, la confrontación dice de la prerrogativa de interrogar o hacer interrogar los testigos de la otra parte. Así, concluye que la confrontación, con todo ese engranaje normativo, adquiere estatus de derecho autónomo (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 43866, 2016); finalmente, se lee que la confrontación es más que una garantía de confiabilidad, pues incorpora un elemento de justicia, de proveer al acusado una oportunidad para examinar la prueba en su contra sin importar cuán crédula esta pueda parecer (Ramírez, 2006, pp. 40-42).

Posiciones frente a la prueba de referencia

Argumentos a favor de la prueba de referencia.

Aun cuando no puede soslayarse su origen como prueba prohibida, con el paso del tiempo la doctrina del *common law* tuvo que flexibilizar esa regla por varios factores entre los que se destaca el tener que dejar impunes conductas que se sabían delictivas, únicamente por la carencia de testigos directos, o la necesidad de ponderar intereses entre los derechos del acusado y los de los niños víctimas de delitos violentos, por esa proscripción de prueba de referencia con el correlativo costo social para la administración de justicia. A ello se suma la búsqueda de la verdad como fin último del derecho probatorio; así, ese canon categórico de exclusión se apreció como verdadera injusticia y de allí el surgimiento de las cláusulas excepcionales para su admisibilidad (Vélez, 2010, pp. 48 y ss.; Guerrero, 2015, pp. 78 y ss.) que en Estados Unidos están contenidas de la regla 803 a la 807 de ese catálogo del Federal Rules of Evidence (1975). Puerto Rico, a su vez, las consagra en el Capítulo VIII de sus Reglas de Evidencia, año 2009, y 62 a 65 de las mismas Reglas para el Tribunal General de Justicia, del año 1979. Por lo demás, es una forma de resolver la dicotomía existente entre esta prueba que no es la mejor versus la ausencia de prueba (Vélez, 2010, p. 51).

Tales cláusulas de admisión excepcional de la prueba de referencia están reguladas en Estados Unidos y en Puerto Rico, a partir de situaciones diversas como, por ejemplo, la diferencia entre declaraciones testimoniales y no testimoniales, la disponibilidad o no del declarante como testigo, el testimonio anterior o las declaraciones anteriores de testigos e incluso las categorías residuales o abiertas, entre otras muchas más, temática que escapa al objetivo de esta investigación. Pero lo que sí debe resaltarse es que en casi la totalidad de aquellos eventos en que se concluye que tiene aplicación el estándar constitucional de confrontación, por ejemplo las declaraciones testimoniales, debe garantizársele a la parte contra la que se ofrece dicha prueba, la posibilidad de contra-interrogar, porque es el mecanismo que logra armonizar de la mejor manera posible ese derecho, versus, tal probanza peculiar (Chiesa, 2008b, pp. 341 y ss.; Vélez, 2010, pp. 10 y ss.; Bedoya, 2013, pp. 108 y ss.).

Ahora bien, desde la perspectiva del derecho continental europeo también tiene admisibilidad la prueba de referencia, por ejemplo, en los casos de niños víctimas de delitos sexuales o, en general, en declaraciones anteriores al juicio, siempre que el acusado haya tenido la oportunidad adecuada y suficiente de interrogar a los testigos de cargo. Sobre el tópico, la Sala Primera del Tribunal Constitucional Español expresa que desde su sentencia 80 del 17 de junio de 1986, se admite la valoración probatoria de las diligencias sumariales de investigación, si, entre otros requisitos, el inculpado ha contado con la posibilidad de someter tal testimonio a contradicción. Lo anterior, en consonancia con jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que autoriza la incorporación de ese tipo de declaraciones, en todo caso y en la medida que no lesione los derechos reconocidos en los párrafos 3 d y 1 del art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Es decir, que concurra un motivo razonable que imposibilite la declaración en la vista principal y “siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando

se prestan, bien con posterioridad”. De lo contrario, se cercenan los derechos compatibles con ese artículo 6 de la Convención si una “condena se funda exclusivamente o de forma decisiva en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario” (STC 75, 2013).

En Colombia sí que hay argumentos a favor de la prueba de referencia, no solo a partir de la ley sino de la jurisprudencia. Desde lo legal y a partir de su propia definición, pues el artículo 437 del Código Procesal Penal permite su uso, como cualquier otra prueba, para demostrar los elementos esenciales de la conducta punible y demás aspectos sustanciales del debate. También, por la cláusula discrecional y abierta que consagra el numeral b) de su artículo 438, al permitir que sea el juez de conocimiento quien en últimas defina lo que se debe entender por la expresión “evento similar”. Igual se deduce de las reformas introducidas a esa Codificación, a través de las Leyes 1453 de 2011 y 1652 de 2013. La primera, le adicionó un inciso al original artículo 429, alusivo a la presentación de documentos en el juicio oral, del siguiente tenor: “El documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”. La segunda, sumó un evento más para admisibilidad de prueba de referencia sobre la base que el declarante cuente con menos de 18 años y sea víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, al igual que de punibles consagrados en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, de la norma sustantiva.

En el plano jurisprudencial, por la incidencia que guarda con principios y derechos constitucionales como la búsqueda de la verdad, la justicia material y el acceso a la administración de justicia, esto es “para impedir la impunidad cuando por circunstancias especiales no puedan asistir los testigos a rendir su declaración en la audiencia pública” (Auto radicado 26089, 2006; Sentencias radicado 34703, 2011 y radicado 38773, 2013). Para comprobar tal suceso basta solo con repasar decisiones emanadas de la Sala de Casación Penal que prioriza el uso de la prueba de referencia en procesos donde son víctimas personas menores de 18 años; en efecto, en un importante fallo (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 41109, 2013; en concordancia con las sentencias radicado 31950, 2009 y radicado 24468, 2006) argumentó que la prueba tomada a partir del dicho de víctimas menores de 18 años exige cuidado. Justamente, por los derechos en juego, es decir su no revictimización y las restricciones propias de su edad; entonces, en acato a patrones constitucionales y legales, resulta ineludible valorar con plenos efectos sus entrevistas o versiones rendidas previamente, en razón del daño que le pueda sobrevenir a un niño si es obligado a acudir a juicio y deba recordar el hecho traumático, especialmente si de delitos sexuales o de otra clase degradante de violencia se trata. Así, el juez, entre otras alternativas, ha de ordenar hasta prescindir de su testimonio, en pro de la supremacía de sus derechos fundamentales y dar paso a la prueba de referencia u otra de índole similar. Por su parte, la Corte Constitucional (Sentencias C-144, 2010 y C-177, 2014) también avala la prueba de referencia ¿Los motivos? La salvaguarda de la infancia y la adolescencia para efectivizar el mandato constitucional consistente en que sus derechos priman sobre los de las otras personas, asegurarle la garantía a la tutela

judicial efectiva, entre otras dispensas que les asiste, verbigracia, su interés superior y el contrarrestar efectos tan dañinos como la revictimización.

Por último, debe hacerse mención al proyecto de reforma que propone la Fiscalía General de la Nación que aboga (i) por una flexibilización en la exclusión de prueba de referencia, adicionando una cláusula residual más al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, so pretexto de limitar la impunidad de delitos, “por la no existencia de testigos directos que puedan comparecer al juicio” (p. 160) a lo que adiciona el costo social para la administración de justicia si se dictan absoluciones en hechos que afectan gravemente bienes jurídicos relevantes; y (ii) por “eliminar del estatuto procesal, el apartado final del art. 381, que consagra una tarifa legal negativa, conforme a la cual la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia” (p. 177), para en su lugar, “deferirse en el juez la potestad de determinar qué valor probatorio ofrece a este medio probatorio y si el mismo ostenta el poder suasorio suficiente para sustentar una condena” (p. 184).

Argumentos en contra de la prueba de referencia.

La injusticia de la conducta delictiva que se atribuye al imputado o procesado, no podría justificar la injusticia cometida por el propio Estado para averiguar la verdad (Gössel, 2001, como se citó en Herrera & Cortés, 2011, p. 17); por ello, se estima indispensable comenzar el estudio de este apartado sobre la base de tal locución que es considerada como un principio del proceso penal moderno. Se le interpreta como que, si a la judicatura le interesa castigar el delito, sus actuaciones no pueden hacerse a cualquier precio ya que ese fin no justifica el uso de medios que nieguen el Estado de Derecho mismo (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 33621, 2010). Así, esta es la razón de ser de los derechos constitucionales los cuales le aseguran a la persona que sólo se le condenará con prueba que ha estado rodeada de todas las garantías judiciales (Autos radicado 36433, 2011 y radicado 43926, 2015).

Precisamente, bajo el hilo de ese axioma y por la importancia que revisten esas garantías judiciales dentro de un sistema acusatorio, la prueba de referencia proyecta problemas de constitucionalidad, al comprometer estándares como la confrontación y contradicción reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos (artículos 8 del Pacto de San José de Costa Rica y 14 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Además, en Estados Unidos (se recuerda, debe estudiársele por ese influjo del derecho anglosajón en la legislación procesal penal), la confrontación se erige en componente básico de la Sexta Enmienda a la Constitución Norteamericana a lo que se suma que esta Carta escogió un derecho de contradicción abierto en el juicio oral; así, el fundamento esencial para el rechazo de la prueba de referencia estriba en la carencia de oportunidad para interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, lo que también corroe la estructura básica de dicho sistema de enjuiciamiento por cuanto se está frente a una probanza que, además de indirecta, es desarrollada por fuera de esa fase sin intermediación y sin la formación dialéctica que le es propia a dicho entramado adversarial. Visto ello así, su exclusión se encamina a proteger más a la parte contra la que se propone que en sí a un jurado (Van Kessel, 1998, p. 544; y Guerrero, 2015, pp. 77 y ss.).

Ahora bien y desde su jurisprudencia, inevitablemente debe rememorarse la decisión *Douglas vs. Alabama* (1965); en esa sentencia, la Corte Suprema dejó claramente sentadas las bases del principio general de rechazo y prohibición de la prueba de referencia por ser violatoria de la Cláusula de Confrontación a la Sexta Enmienda Constitucional. Primero, desde su interés primordial el derecho a interrogar al testigo de cargo aun en ausencia de careo físico; y, segundo, el cara a cara con el jurado, para que este pueda mirar al deponente, juzgar su comportamiento y determinar si su dicho es digno de fe.

Al tiempo y desde distintas latitudes, se expone el criterio de otras Altas Cortes. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España señala que la prueba de referencia no es recomendable, al obstaculizar el debate sobre los hechos y la realidad misma, pues implica dar valor al dicho de alguien que no ha depuesto en el juicio; de allí su recelo y que se prefiera a los testigos directos. Es más, ante la razonada sospecha de que un potencial deponente pueda irse al extranjero, ha de trasladársele de inmediato ante la autoridad judicial para que, bajo la necesaria contradicción exigida por la ley procesal penal, sea interrogado a través de la figura de prueba sumaria anticipada (STC 217, 1989).

En épocas más recientes, explica tal corporación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene declarado como principio general del proceso penal que las pruebas han de ser obtenidas ante el acusado, en audiencia pública y en el curso de un debate contradictorio; y que, en concreto y en lo que atañe a la posibilidad de sustitución del testigo directo por el indirecto, sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, esa praxis es violatoria del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre todo al transgredir lo dispuesto en su artículo 6.1 y 6.3. d., que consagran el derecho a interrogar a los testigos de cargo, de cuyo término resulta “la obligación de conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar al testimonio de cargo e interrogar a su autor” (STS 187, 2003).

De igual forma, la doctrina extranjera casi que de manera unánime se allana a esa caracterización de rechazo y exclusión que le es inmanente a la prueba de referencia. Primero, porque impide al perjudicado (quien generalmente es el acusado) interrogar o hacer interrogar al deponente de cargo, bien en el instante en que rinde su declaración (al no desarrollarse en su presencia) o, con posterioridad, al momento de ser presentada como prueba ante el juzgador (Gómez, 2010, p. 391; Chiesa, 2008a, p. 409; Miranda, 1997, p. 197). Segundo, por la ruptura que ocasiona con el principio de contradicción que junto con el de inmediación constituyen pilares básicos del proceso penal (Velayos, 1998, p. 21). Y, tercero: igual, su admisión generalizada e indiscriminada que sustituye al testigo principal mutila el derecho de defensa al impedir que el acusado y su abogado puedan conainterrogar al deponente de cargo, lo cual va en contravía del artículo 6.3. d de la Convención Europea de Derechos Humanos (Miranda, 1997, p. 197).

Ahora bien, el enfoque que se le ha dado a la confrontación como derecho no absoluto y que debe adaptarse a la necesidad de protección de valores similares, lo que de suyo descarta una cláusula de exclusión de la prueba de referencia, trae consecuencias adversas, pues permite a la parte acusadora “la búsqueda más cómoda de las pruebas de cargo excusándola de llevar los testigos directos al juicio oral e introduciendo

pruebas de referencia que estén comprendidas en algunas de sus excepciones” (Guerrero, 2015, p. 80), como si acaso esto no comprometiera también el derecho de defensa. Por ello, descendiendo al orden jurídico colombiano, la prueba de referencia pasa por alto los principios constitucionales del proceso penal, pues el numeral 4 del artículo 250 de la Carta Política impone la práctica de un juicio público, concentrado, oral, contradictorio y con intermediación de las pruebas, principio este último que debe explicarse desde sus dos acepciones: la formal, que permite al juzgador un contacto directo con el medio de prueba; y la material o sustantiva (Roxin, 2000, pp. 394 y ss.), sin duda la más importante para el propósito de esta investigación por cuanto ha de evitarse que la decisión de responsabilidad del acusado se tome a partir de subrogados probatorios, como por ejemplo actos propios de la investigación que llevan a prescindir de la prueba directa, con grave detrimento a los derechos de defensa y controversia (Guerrero, 2015, p. 88).

Igual, se tiene el claro criterio según el cual solo la prueba practicada y debatida en juicio oral, puede ser el fundamento legítimo de un fallo (Jaén, 2000, p. 13). Sin embargo y desde la misma definición de prueba de referencia, una de sus médulas es que se desarrolla por fuera de tal vista principal. Pero aún hay más reproches de fondo para la prueba de referencia, cuando del estudio del principio de intermediación se trata, porque:

Impide al juzgador recibir o hacerse eco de la información obtenida por otros sujetos y en otros momentos al juicio propiamente dicho. Ese imperativo, de una lógica irreprochable, se ha traducido en la prohibición legal de introducir en ese acto, materiales de la instrucción. Ahora bien, tal prescripción ha sido universalmente desoída en la práctica jurisdiccional, al extremo de que la verdadera historia del juicio oral durante más de 150 años es, en gran parte, la de su sistemática derogación. En efecto, el contenido de diligencias de instrucción llevado al juicio mediante lectura, suele recibir en la jurisprudencia el tratamiento de material susceptible de rehabilitación como prueba, que se dice efectivamente obtenido en forma contradictoria, sólo porque las partes hayan podido pronunciarse sobre él. Por tanto, mediante una ficción insostenible, que consiste pasar por alto el dato de la imposibilidad objetiva de confrontación de las partes y el juez con/sobre la fuente producción de los datos, semejante expediente, reservado por la ley para situaciones realmente excepcionales -por razón de la imposibilidad material sobrevenida de traslado de aquellas al juicio- ha sido administrado con extraordinaria generosidad [...] (Ibáñez, 2003, p. 58).

De manera similar a la anterior, puede advertirse otro riesgo más que envuelve tal prueba. Se ha constatado en el diario discurrir una propensión en los sujetos procesales a resguardarse en deponentes de referencia, pues de antemano ya conocen que estos comunicarán hechos que han conocido de terceras personas que sí los percibieron directamente, es decir, que son los reales testigos de lo acontecido, pero no comparecerán al juicio oral. Sin embargo, lo más peligroso de tal práctica es que se apela a tal testigo indirecto con el objeto de demostrar la verdad de unas afirmaciones fácticas que desvirtúan la presunción de inocencia; es decir, que con tal prueba mediata se busca una condena (Velayos, 1998, p. 21). Por ello, de tiempo atrás un sector de la doctrina (Mueller, 1992, p. 384; y Park, 1992, p. 365), defiende el fortalecimiento de la regla contra la prueba de referencia, pues la desmedida actividad Estatal requiere límites para no castigar a

inocentes a través de tácticas investigativas cuyos informes son introducidos al juicio a buen seguro de testigos de oídas.

Además, y paradójicamente, uno de los argumentos acabados de exponer en pro de la prueba de referencia, es decir la búsqueda de la verdad como fin último del derecho probatorio, encuentra postura totalmente opuesta en el sentido que para la consecución de ese propósito tal probanza no es confiable, porque implica acoger como evidencia una declaración obtenida por fuera del rigor de los mandatos normativos (Chiesa, 2008b, pp. 341 y ss.).

Ya para agotar este tema, debe hacerse notar la ausencia de evocación de decisiones de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia Colombianas, para soportar argumentos en contra de la prueba de referencia. Esto, sencillamente, porque no se han encontrado. Tan solo la sentencia C-144 (2010) enuncia que tal prueba dificulta intensamente la contradicción; y, en la casación con radicado 24468 (2006), se anota que hace “imposible el interrogatorio al autor directo del relato que hace quien lo oyó”. Pero lo que sí se destaca es que, en un auto de inadmisión de demanda de casación, adoptado dentro del proceso radicado 26727 (2007), aclararon voto cuatro magistrados al considerar equivocada la decisión de la mayoría, que avaló como prueba del proceso las entrevistas recogidas en etapas anteriores al juicio oral.

Toma de postura

Luego del estudio que precede, se puede concluir que nada resulta más expedito para arrasar con los derechos de confrontación y contradicción dentro del sistema penal acusatorio, que la prueba de referencia. Ello, a partir de su regulación normativa y el desarrollo jurisprudencial de las altas cortes que han llevado a su praxis desmesurada y creciente, que no se acompasa con el orden constitucional. Muy en contravía a los postulados del Acto Legislativo 03 de 2002 que buscó una total reestructuración del proceso penal lo cierto es que, a hoy, sus finalidades esenciales, sin duda, han quedado relegadas, con la permisividad dispensada a esa práctica probatoria. Verbigracia, no permite su articulación con instrumentos internacionales, en especial con los artículos 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al impedir interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, en plenas condiciones de igualdad a las del adversario. También, devasta el juicio oral (como la fase reina del proceso penal y el *summum* de la única actividad probatoria capaz de enervar la presunción de inocencia del acusado) dado que, por la esencia misma de su definición, se realiza por fuera de este, con lo que a su paso confina la intermediación de las pruebas y otras garantías, como la publicidad y la concentración. Además, aniquila el principio de abandono de permanencia de la prueba, pues es la figura jurídica que por excelencia se resiste al de su total producción e incorporación durante tal vista principal; también, hace resurgir la prueba secreta y escrita que luego es llevada al juzgador que no participó en su recaudo para que falle. En fin, infringe la prohibición expresa que las exposiciones sean prueba ante la falta de contradicción; y, contraviene el mandato literal del carácter excepcional de su práctica.

Esa excluida y extraordinariamente admisible prueba de referencia, como de verdad la concibe un sistema penal acusatorio, en Colombia, además de resultar imprecisa, adquiere irregular e insólita aplicación, como se pasa a demostrar. En efecto, a partir de su propia definición, según el ya transcrito artículo 437 de la Ley 906 de 2004, se postulan serias críticas, dada la ambigüedad y confusión que genera (Reyes, 2008, p. 380; Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 24468, 2006). Por eso se concluye: “lo que el Código considera como prueba de referencia no es lo que cualquier ordenamiento procesal entiende conceptualmente como tal” (Guerrero, 2015, p. 94); de allí la opción de inclinarse por su interpretación alejada de la propia literalidad de su acepción y entenderla como lo que corresponde, es decir, el contenido de un acto de prueba o un acto procesal, practicado por fuera del juicio pero con el reparo sí que logre tener la capacidad, como prueba indirecta, de probar inmediatamente los elementos del delito, el grado de intervención, etc., tal como lo busca la parte final de ese precepto (Marín, 2005, pp. 61 y ss.).

Pero lo más grave frente a la ambigüedad de esa definición fue el vacío que trajo consigo porque predispuso reformas legales y pronunciamientos jurisprudenciales de las altas cortes, que la han privilegiado aun en contravía de los pilares fundamentales del sistema punitivo de tendencia adversativa como la inmediación, la concentración y, con mayor relevancia, la confrontación y la controversia, como de hecho se pasa a sustentar.

Crítica a los desarrollos jurisprudenciales.

Cabe indicar desde ya que primero se hace referencia al desarrollo dado a la prueba de referencia pues de allí, principalmente, emanan las reformas legales que acrecientan su uso irregular que, más adelante, son objeto de crítica.

La Corte Suprema de Justicia.

Para comenzar, dicho organismo (Corte Suprema de Justicia, radicado 26411, 2007) le da un alcance inusitado al instituto al permitir, con su uso, que todos los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenidas, se conviertan en prueba si se le presentan al juez de conocimiento al interior del juicio oral y a través del testigo de acreditación, con quien se entienden garantizadas la confrontación y la controversia (crítica acertada de Guerrero, 2015, p. 110). Igual de peligroso fue que implantó el término “prueba integral del proceso”, bajo el entendido de que esos medios suasorios propios de las etapas de indagación o investigación, junto con el testimonio que se reciba, forman un todo que debe ser apreciado por el fallador al haber entrado a esa vista por el marco de la legalidad. Como señala Guerrero (2015, p. 110), el Tribunal imprimió a esos elementos el alcance de prueba pese a que solo constituyen actos de investigación, cuya finalidad es establecer los presupuestos que sustenten una imputación o acusación o que justifiquen decisiones en cabeza del juez de control de garantías que lleven a la limitación de derechos fundamentales. De allí que haya perfecta adherencia a lo que aquél pregona: “esta es la vía más fácil para hacer fallar todo el entramado acusatorio, pues es nada más ni nada menos que negar el fundamento de que únicamente es prueba la aportada y controvertida en el juicio” (Guerrero, 2015, p. 112).

Desde otra arista, para esa Corporación lo importante no es si la prueba de referencia respeta los derechos de confrontación y contradicción, sino temas de simple legalidad. Tanto que en la decisión adoptada en la casación 36023 (2011), dispuso la inexistencia jurídica de unas entrevistas introducidas al juicio como prueba de referencia, ante su ilegalidad, al no incorporarlas el investigador que las recaudara lo que en su criterio afectó el tema de autenticidad de esa prueba. Igualmente, en su fallo 34703 (2011) favoreció al máximo la denuncia de la víctima que introdujera el funcionario que la tomó (al haberse marchado dicho afectado al exterior y no saber de su paradero), prueba que tuvo vital trascendencia para revocar una absolucón y, en su lugar, condenar. Pero en ninguno de los dos casos se examinó si la bancada defensiva contó con el derecho en cualquier momento de la actuación a interrogar al autor de esa declaración anterior al juicio y, además, a participar en su formación y práctica con las mismas prerrogativas de la Fiscalía. Ello es así porque, lamentablemente, para el Tribunal la dificultad no es de admisibilidad ni de validez sino “que la problemática real frente a este tipo de prueba, gira esencialmente en torno de su credibilidad, antes que en su pertinencia o legalidad” (Corte Suprema de Justicia, Auto radicado 26089, 2006; Sentencia, radicado 25920, 2007; Auto radicado 34827, 2011).

Es más, se citan las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Corte Suprema de Justicia, radicado 43866, 2016) y se afirma que las declaraciones obtenidas por fuera de la vista principal no violan derechos constitucionales, sí y solo sí existe causa legítima para que la persona no pueda comparecer como testigo al juicio y el inculpado haya contado con ese momento propicio e idóneo de interrogar a su autor, bien en el instante de prestarlo o posteriormente y además pueda responderla como prueba de cargo. No obstante, tan meritorio análisis jurisprudencial, que está atado al bloque de constitucionalidad (por cuanto se halla envuelto en el concepto del “*corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos” y ayuda a la correcta comprensión y alcance de un derecho), pese a ser evocado por el alto tribunal no es tenido en cuenta en su decisión de fondo para mantenerse, de forma implacable, en la afirmación de la validez y la significación de la prueba de referencia. Lo hizo, sin brindar la más mínima razón del por qué no es necesario ni verificar la causa justificable para que la persona no testifique en la vista principal, ni constatar que al inculpado se le haya respetado la garantía judicial de interrogar o hacer interrogar al testigo opuesto en cualquier etapa del proceso.

Al mismo tiempo y en sentir de esa Corte, la aceptación de prueba de referencia está más que justificada por la incidencia que guarda con principios y derechos constitucionales, como la búsqueda de la verdad, justicia material y el acceso a la administración de justicia, para así “impedir la impunidad cuando por circunstancias especiales no puedan asistir los testigos a rendir su declaración en la audiencia pública” (Sentencia radicado 38773, 2013). Ello implica una mayor protección a los derechos de las víctimas, muy por encima de los constitucionalmente reconocidos al inculpado. Amparo que se potencializa aún más, si de niños se trata, pues sus entrevistas (antes de entrar en vigencia la Ley 1652 de 2013) ingresaban como prueba de referencia al torrente probatorio del juicio oral por autorización judicial y sin mayores dificultades, sin el tamiz de la con-

frontación y contradicción, lo que se reafirma en algunas providencias citadas (Corte Suprema de Justicia, radicados 41109, 2013; 31950, 2009 y 24468, 2006).

Es más, ratificó tal posición al expresar que “con la expedición de la Ley 1652 de 2013 se consolidó lo que jurisprudencialmente se había planteado en torno a la necesidad de evitar que los niños sean doblemente victimizados, lo que puede suceder con su comparecencia al juicio oral” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 43866, 2016), tema que otrora tenía decantado dentro de otras decisiones (Sentencias radicados 33651, 2011 y 32868, 2010) y que hoy mantiene, tal como lo refleja una de sus casaciones más recientes (Sentencia radicado 47124, 2016) en la que una vez más resaltó el gran valor probatorio de las entrevistas al momento de dictar sentencia.

Corte Constitucional.

Ahora bien y desde la posición jurídica de esta Corporación, sus decisiones han sido decisivas para que cada día la prueba de referencia adquiriera mayor fuerza y aplicación, incluso a través de fallos de obligatorio acatamiento y con efectos *erga omnes*, no obstante los serios reparos que acarrea frente a las garantías judiciales mínimas objeto de estudio. Al igual que su homóloga la Suprema de Justicia, la antepone aún por encima de aquellos dos derechos. Verbigracia, del estudio de su fallo de tutela T-117 del 7 de marzo de 2013, se infiere que se privilegió la entrevista de una niña presunta víctima de un delito sexual y se le ordenó al juzgador que, a efectos de estudiar su admisibilidad como prueba de referencia, tuviese en cuenta los argumentos esbozados en su sentencia y los estándares constitucionales de imparcialidad, racionalidad y sana crítica. Pero para nada vio ese organismo la necesidad de ordenarle que también reparara en los de contradicción y confrontación. En sus consideraciones, tal Tribunal estimó que la entrevista rendida por un niño víctima de ciertos hechos punibles, arroja datos muy significativos para el proceso, al convertirse en un elemento nuclear al inicio de la actividad investigativa, pues a partir de lo informado por esa fuente primaria, la judicatura puede formarse una visión de los hechos, sus partícipes, posibles motivaciones, entre otros muchos aspectos, que sirven de fundamento para las tareas de indagación e instrucción. Pues bien, se debe objetar que si esa versión inicial es tan importante para el proceso no se entiende la razón por la cual su sujeto principal, es decir el inculpado, deba quedar por completo marginado de su formación, vigilancia, control, práctica y debate, por lo menos a través de su defensor y en igualdad de las condiciones y prerrogativas que le asisten a la agencia fiscal.

Es más, si se analiza la sentencia de constitucionalidad C-177 (Corte Constitucional, 2014), se percibe como la corporación declaró la exequibilidad del literal e) del artículo 438 del C. de P. P., que permite la admisión como prueba de referencia de la entrevista rendida por un niño víctima de delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, entre otros, pero ya con efectos *erga omnes* y de obligatorio acato ¿Las razones? Prácticamente idénticos al fallo contenido en la sentencia T-117 (Corte Constitucional, 2013). De hecho, lo tomó como uno de sus referentes, junto con otros de la Corte Suprema de Justicia. Es decir, que privilegió esa prueba en salvaguarda de la infancia y la adolescencia para tornar efectivo el mandato constitucional consistente en que sus

derechos priman sobre los de las otras personas y, así, asegurarle la garantía a la tutela judicial efectiva, entre otras dispensas que les asiste, verbigracia, su interés superior y el contrarrestar efectos tan dañinos como la revictimización.

En este momento se hace necesario recalcar que este trabajo no pretende ir en contra de los mandatos constitucionales y de los instrumentos internacionales que ordenan dar prioridad a los derechos fundamentales de la niñez. No obstante, sí procura que tan atendibles prerrogativas no sigan materializándose a costa del sacrificio de la persona inculpada de un delito, tal como lo prohíbe expresamente el numeral 6° del artículo 8° del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, al ordenar que “nada de lo dispuesto en el presente artículo se entenderá en perjuicio de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial, ni será incompatible con esos derechos”. Muy a pesar de este mandato que está integrado al bloque de constitucionalidad, lo cierto es que, de forma ilógica e incoherente, se sigue ensalzando la prueba de referencia, no obstante invocarse tratados supranacionales y muy valiosas jurisprudencia y doctrina que debieron llevar a la inevitable conclusión de que para mantener la vigencia de este instituto en el ordenamiento nacional, forzosamente tenían que respetarse los estándares constitucionales de confrontación y contradicción y, a la vez, someterse a rigurosas condiciones de admisión sobre todo en casos en los cuales esa entrevista sea la única exposición que se conozca del niño víctima de ciertos delitos, para evitar que sin más argumentos que la voluntad legal y jurisprudencial ese tipo de instrumentos ingrese al juicio como prueba de referencia y sin el reparo constitucional merecido, es decir, el derecho a confrontarla y contradecirla que le asiste al implicado.

Crítica al marco normativo.

Ahora se deben exponer las razones que llevan a cuestionar el marco legal existente en relación con la prueba de referencia. El primer reparo se capta desde el contenido mismo del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, pues él no es ni taxativo ni de aplicación restringida; tampoco, contiene un mínimo de requisitos a cumplir por parte de quien postula y pretende llevar a juicio oral una prueba de referencia. Paradójicamente, casi desde las primeras casaciones sobre prueba de referencia y con el propósito de defender su aplicación, se buscó apoyo en la doctrina puertorriqueña, y sí, en efecto, uno de sus exponentes explica cómo al paso del tiempo su rigurosa cláusula de exclusión ha cedido gradualmente ante la realidad práctica y la necesidad de administrar justicia en términos racionales, al punto de generar condiciones excepcionales de admisión para su ingreso a juicio (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 25920, 2007). Pero lo que se resalta y que omitió nuestro Tribunal en tal fallo fue que el autor consultado, Chiesa, en dicho estudio, no se quedó solo en esa afirmación, sino que mostró con claridad como en su país se exigen tres requisitos para que el postulante de tal probanza los cumpla y así pueda ser llevada esa forma de prueba a esa vista principal. En efecto, el primero impone el deber de notificar previamente a la parte adversa y con razonable anterioridad, el propósito de ofrecer la prueba de referencia con indicación de sus particularidades y los datos del declarante, como su nombre y localización, ello, a fin de permitirle investigar la declaración, para efectos de refutación de admisibilidad y de impugnación. El segundo, se centra en la demostración de que ella es la evidencia más

consistente frente a cualquier otra, para probar determinado hecho o circunstancia, es decir, que alude a un factor de necesidad. El tercero, expone las garantías circunstanciales de confiabilidad, como elemento esencial, es decir, que la declaración ha de poseer componentes de confianza comparables a los de las declaraciones que expresamente se admiten como prueba de referencia. A esos tres requisitos se adiciona que, según el caso, se tendrá que acreditar o no la no disponibilidad del testigo (Chiesa, 2008a, p. 354).

No obstante, Colombia sufre el vacío de no condicionar la admisibilidad y validez de la prueba de referencia a determinados requisitos y, lo peor, es que ni normativa ni jurisprudencialmente, se avizora la más mínima intención de llenarlo, verbigracia, acogiendo esa legislación puertorriqueña. Al contrario, con el transcurrir de los días, se ha hecho manifiesto el abandono paulatino de su cláusula de exclusión y de las excepcionales y taxativas para su admisibilidad. Porque han primado criterios tales como que su obstáculo obedece a temas de simple valoración y credibilidad o por privilegiar a las víctimas. No obstante, su verdadero cuestionamiento desde lo constitucional, el quebranto a los derechos de confrontación y contradicción (que sí se ha estudiado y resuelto en otras latitudes), entre nosotros se halla totalmente relegado.

Ese artículo 438 de la Ley 906 de 2004, ya se vio, consagra las cláusulas excepcionales para su admisibilidad; pues bien, y de manera particular, una de las mayores objeciones gravita en el contenido de su numeral b) que la autoriza, “cuando el declarante [...] es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o *evento similar*”. Sí, se subraya esta última expresión, porque el ideal jurídico de un sistema con tendencia acusatoria es que esta prueba tenga restringida su aplicación al máximo, por los postulados que la rigen, es decir, el principio general de su prohibición y las reglas restringidas que la autorizan. Por consiguiente, causales discrecionales y abiertas conllevan su uso habitual y desmedido, que pueden hacer de la excepción una regla general, en especial cuando se postulan de manera tan irresoluta como la que contiene este numeral.

Por otra parte, no se comparte el criterio de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, cuando, al unísono, justifican la existencia de tal locución, bajo el entendido que el evento similar se equipara a casos de indisponibilidad del testigo, por desaparición voluntaria o ante la dificultad de su localización (Corte Suprema de Justicia, sentencias radicados 27477, 2008 y 34703, 2011; Corte Constitucional, sentencia C-144, 2010). No se participa de tal pensamiento, porque el acusado no es quien tiene que soportar y asumir, bajo ningún evento y menos de manera exclusiva, la carga de prueba de referencia, ante la obstinación o el temor por parte del testigo directo de presentarse al juicio (Urbano, 2012, p. 213), cuando la Fiscalía General de la Nación está en el deber de velar por la protección de sus deponentes, tal como se lo exigen los artículos 250 de la Carta Política y el 114 de la Ley 906 de 2004.

Al original artículo 429 de la Ley 906 de 2004, alusivo a la presentación de documentos en el juicio oral, la Ley 1453 de 2011, en su canon 63, le adicionó un inciso del siguiente tenor: “El documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”. En la exposición de motivos respectiva se dijo que la

reforma era necesaria porque “por último, se da agilidad en el acceso a la información de las entidades públicas y privadas que sean objeto de requerimientos por parte de policía judicial” (Proyecto de Ley 164/2010S). Es más, en el primer debate que se le dio al proyecto en el Senado se indicó –en relación con el artículo 42 y siete artículos más que lo contemplaban– que ellos “tienden a facilitar la investigación y el recaudo de elementos materiales probatorios y evidencia física, ampliando las causales para su empleo y eliminando restricciones de orden formal” (Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 164/2010S).

Pues bien, bajo esos raceros eficientistas (acelerar el acceso a la información y suprimir limitaciones formales) y, además, sin un mínimo de reparo en las graves afectaciones a los derechos de confrontación y contradicción, tal reforma del año 2011 no fue solo que liberara y engrandeciera la prueba de referencia, sino que también elevó a ley lo que ya ocurría por vía jurisprudencial (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 26411, 2007). Es decir, se dio carta blanca para que cualquier medio de conocimiento que se recopile en los actos de investigación se convierta en prueba, con tal de que lo incorpore el investigador que participó en el caso o el que lo haya recolectado o recibido. De allí, la exaltación del testimonio de esta clase de servidores que por lo general están adscritos a la Fiscalía General de la Nación, pues cuenta con esa potestad legal de incorporar al juicio cualquier medio suasorio.

Así las cosas, ese termina por ser uno de los eventos más evidentes de aplicación de la prueba de referencia, aun cuando no lo contemple el artículo 438 *ibidem*. Con tamaña modificación al artículo 429, el Congreso de la República olvidó (según el citado Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 01/2003S) su inicial postura al interior de los debates surgidos para la reglamentación de esta probanza en la Ley 906 de 2004, con marcada tendencia a evitar una extensa casuística para su admisión y, así, contrarrestar su uso abusivo por la afectación que implica al derecho de contradicción. No obstante, con esta reforma se permite que cualquier medio de conocimiento que se recopile en los actos de investigación, se convierta en prueba de referencia a través de su incorporación con ese testigo de acreditación y, lo más reprochable, es que la persona contra la que se aduce jamás podrá interrogar al verdadero autor, productor o creador de esos elementos o información obtenida; en cambio tiene que conformarse con contrainterrogar y ejercer la controversia con aquel servidor, dado que por su conducto esos medios suasorios ingresan ‘legalmente’ al juicio (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 26411, 2007).

En perfecta anuencia con los acertados reparos de parte de la doctrina (Guerrero, 2015, p. 112), sobre ese pronunciamiento judicial cuyos razonamientos decisivos finalmente se tornaron derecho positivo a través de ese nuevo inciso que se incorporara al artículo 429 de la Ley 906 de 2004, cabe hacerse su misma pregunta: “¿es esto lo que la Constitución considera en su artículo 29 cómo contradecir la prueba de cargo que es parte del debido proceso?”. Ni qué decir tiene de la confrontación, pues bajo tales mandatos jurisprudenciales y ahora legales no se avizora la más mínima posibilidad para el acusado de interrogar o hacer interrogar al real autor de esa declaración recibida por fuera del juicio.

La última reforma a cuestionar es la contenida en la prenombrada Ley 1652 de 2013, artículo 3, que, a criterio personal, consagró justamente una presunción de derecho, consistente en que siempre concurre causa legítima para que niños víctimas de determinados delitos no testifiquen en el juicio oral y sus entrevistas rendidas fuera de este escenario, ingresen a su fase probatoria, sin más razón que su edad y la naturaleza del hecho punible. Pues bien, en puridad de verdad y desde el bloque de constitucionalidad (incluida normatividad supranacional, la jurisprudencia extranjera y la doctrina autorizada), obligado norte para la judicatura colombiana sería que se estudiara y justificara la inevitable ausencia del niño en cada situación en concreto, su verdadera indisponibilidad y la real afectación de sus derechos, por ejemplo, daño psicológico o revictimización, de llegar a comparecer a esa vista. Tal salvaguarda, no por otra razón distinta a ese principio general de prohibición de la prueba de referencia y por las excluyentes cláusulas para admisibilidad; pero, sin duda, lo más importante, por el respeto que le asiste al condenado de confrontar y contradecir esa prueba como ha dicho la jurisprudencia hispana (STS 332, 2006).

Crítica al proyecto de la Fiscalía General de la Nación

Ahora bien y aun cuando por fortuna todavía no es ley, no se puede eludir el reparo a la propuesta de reforma a la prueba de referencia emanada de la Fiscalía General de la Nación, ya concretada dentro de este trabajo, cuando se expusieron los argumentos a favor de tal figura jurídica. Ella, debe decirse, es claramente regresiva pues si con las transformaciones legales hasta ahora introducidas y la jurisprudencia vigente se demuestra esa peligrosa exaltación a la prueba de referencia, por el grave daño que provoca sobre la esencia acusatoria (es decir, la praxis probatoria solo en el juicio oral y los derechos a la confrontación y contradicción), tal cambio augura una involución ante posibles inclusiones de nuevas cláusulas de admisibilidad totalmente flexibles, en las voces de la propuesta Fiscal, “por indisponibilidad insuperable del testigo” (p. 178) y, por si no bastara, se eliminaría su única cortapisa hoy respetada, es decir, esa tarifa legal negativa que prohíbe edificar con su sola existencia una condena. Errónea y lastimosamente dicho ente identifica la correcta administración de justicia bajo el criterio eficiente de la condena, como si acaso la absolución no lo desarrollara también en debida forma. Menos aún, puede permitirse que tal prueba tenga la virtud, por sí sola, de enervar la presunción de inocencia que ampara a todo acusado. Además, argumentaciones para ampliar el espectro de aplicación de la prueba de referencia tales como “la no existencia de testigos directos que puedan comparecer al juicio” (p. 160), lo que denotan es el incumplimiento del deber constitucional y legal por parte de la Fiscalía de velar por la protección de dichos deponentes que pretende presentar ante el juzgador (artículos 250 de la Carta Política y 114 de la Ley 906 de 2004).

En oposición a ese proyecto de la Fiscalía General de la Nación, merecería poner en marcha la propuesta sugerida por el maestro Gómez (2015, p. 380); no obstante, su valiosa crítica a esa recurrente invocación del quebranto al debido proceso en Colombia, al confundírsele con garantías judiciales, estima que sí procede su llamado frente al derecho de confrontación, más aún cuando nuestra Carta Política no lo contempla de forma expresa. Así y a partir de toda la protección constitucional que merece, ha de

reconocersele como lo que realmente es, un derecho fundamental con vida autónoma e independiente, para que ya empoderado, se le reivindique y se exija su íntegro respeto al interior de las leyes procesales penales y la jurisprudencia. Es más, ha de estudiársele combinado con la contradicción, para así poder descubrir el grave daño que le causa a la prueba de referencia, tal y como está concebida desde el actual Código de Procedimiento Penal y en virtud de las decisiones adoptadas por las cortes.

Para concluir, deben recordarse las palabras de Andrés (2003, p. 58) cuando recuerda que, a pesar de la teleología del juicio oral como la audiencia reina dentro de nuestro sistema con tendencia acusatoria, lo cierto es que de manera paulatina se suprime su vigencia como único escenario dentro del cual el juez recibe a los adversarios con sus pruebas a practicarse únicamente allí. A cambio y a manos llenas, se introducen y proponen reformas que de forma implícita lo derogan y dan paso a la prueba de referencia, que incluso es de mucho más de usanza que la misma anticipada.

También y de forma lamentable, el otro peligro advertido por la doctrina (Mueller, 1992, p. 384; Park 1992, p. 365; Velayos, 1998, p. 21), se hace realidad en Colombia pues en especial el ente acusador se vale de testigos de referencia y no son pocas las sentencias condenatorias que tienen como soporte importante dicha prueba. Resulta así inconcebible desde la óptica de la constitucionalización del derecho penal, que sea la persona inculpada quien tenga que soportar la carga de no asistencia de los deponentes de cargo; es que el impedir la impunidad, el lograr la justicia material y el buscar la verdad procesal, no pueden conseguirse a costa de sacrificar garantías judiciales mínimas de la persona más débil en la relación Estado punitivo versus inculcado. Además, porque el proceso penal debe sí permitir la participación de la víctima, pero no tener como finalidad su protección (Molina, 2010, p. 28).

De manera que el retroceso es manifiesto, porque ni siquiera en vigencia del sistema mixto adoptado por la Ley 600 de 2000, que aún hoy coexiste de forma simultánea con la Ley 906 de 2004, una probanza puede ser el fundamento de un fallo, sin haber pasado por el tamiz del contrainterrogatorio, pues su artículo 401 respeta el derecho a los sujetos procesales para que en curso de la audiencia preparatoria reclamen la repetición de aquellas pruebas que no tuvieron la posibilidad jurídica de controvertir, pese al principio de permanencia de la prueba que en esa primera codificación sí aplica. Es más, en su artículo 314 les suprime todo valor probatorio a las exposiciones y entrevistas que tome policía judicial.

Inaudito, entonces, que nuestro sistema con tendencia acusatoria sí autorice por vía legal y jurisprudencial, la introducción de cualquier medio suasorio obtenido en etapas de indagación e investigación, sin que exija el más mínimo respeto a la confrontación y controversia y, en cambio, la norma procesal que lo antecede, de corte mixto, ordene hasta la repetición de la prueba, con lo cual se salvaguarda el contradictorio. Con otra agravante más, pues en la Ley 600 de 2000 esa prueba la recibe un fiscal con todas las formalidades legales incluido el juramento; en cambio, en la Ley 906 de 2004, las entrevistas son tomadas por investigadores, no por un fiscal y menos por el juez y, ni siquiera, se rinden bajo esa gravedad del juramento.

Esa posición tan dadivosa que le dan la ley y la jurisprudencia a la prueba de referencia estila mucho a sistema inquisitivo, pues el hallazgo de la verdad debe obtenerse cueste lo que cueste, no importan los derechos y garantías judiciales mínimas del acusado en el tema probatorio. De allí que haya que unirse al sentir del maestro Devis (2006, p. 115), respecto al rechazo total a la prueba secreta, es decir, la practicada a espaldas de una de las partes, pues como se le practica sin conocimiento ni audiencia de uno de los adversarios, se ha hecho nugatorio su derecho a controvertirla y confrontarla.

Reflexión final

Pese a todo ese panorama sombrío, la Ley 906 de 2004 contempla las herramientas proactivas suficientes para llevar a buen término la solución de los diversos conflictos constitucionales que genera la prueba de referencia. La más importante es la prueba anticipada que, no obstante el desuso al cual se le tiene prostrada, por lo menos respeta de los derechos de confrontación y contradicción. De hecho, el artículo 284 de esa normativa impone una serie de exigencias que se avienen más a un sistema de tendencia acusatoria: la subordina a que se practique ante otro juez penal constitucional, el de garantías, durante la investigación y hasta antes de la instalación del juicio oral; además, se puede practicar a petición de cualquier sujeto procesal o interviniente; debe demostrarse que se solicita por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Asimismo, ello se desarrolla en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio; la decisión que resuelve sobre su admisión permite la reconsideración; o, en fin, si el motivo que la justificó no se ha cumplido al momento de inicio de la vista principal o ya desapareció, el juez de conocimiento debe ordenar que se repita su práctica en desarrollo de éste.

La verdad es que la prueba anticipada puede recoger casi que la totalidad de los casos que se manejan por la línea de la de referencia. Verbigracia, eventos como los regulados en el parágrafo del artículo 37 de la Ley 1474 de 2011 pero no solo para los delitos que allí consagra sino, en general, respecto de quienes tengan que testificar en cualquier proceso penal y hayan recibido amenazas contra su vida o la de sus familiares por razón de los hechos que conocen; en torno a los hechos punibles contemplados en la ya estudiada Ley 1652 de 2013, debiera ser imperativo legal que a los niños y niñas víctimas se les escuchara su testimonio anticipado, a través de Cámara de Gessell (que les evitara el encuentro visual directo con quien se acusa de ser su agresor) y, desde luego, en acato irrestricto a las órdenes que imparte el Código de la Infancia y la Adolescencia en esta materia, lo que –por lo menos– aseguraría la presencia de la defensa técnica para, de esta forma, garantizar los derechos de contradicción y confrontación; si de personas extranjeras se tratare o de cualquiera que se sospeche fundadamente que abandonará el país, tal como ocurre en España (STC 217, 1989), esa situación puede perfectamente acomodarse a uno de los eventos que describe el numeral 3º de ese artículo 284, con la correspondiente fundamentación.

Ahora bien, en situaciones en las cuales desde el punto de vista material no sea aplicable el instituto de la prueba anticipada se debe acudir a la de referencia, pero con obligado norte a un irrestricto respeto a su principio general de prohibición y con cláusulas

de admisibilidad taxativas y cerradas, además de un desarrollo legal y jurisprudencial que se acompañe con el orden constitucional. A ello, se deben incorporar exigencias claras para su proponente como las estudiadas en el derecho penal de Puerto Rico u otras similares, de tal manera que se ausculte su verdadera necesidad, la real indisponibilidad del testigo, el análisis de cada caso en concreto, así se tratare de niños víctimas de delitos, para que –de esta manera– se logre evitar que se sorprenda a la parte adversa, casi siempre la acusada, con una probanza que se incorpora al juicio con serios visos de inconstitucionalidad, no obstante lo expresado por la jurisprudencia.

En suma, debe retomarse el respeto por los derechos fundamentales de las partes e intervinientes dentro de un proceso penal en consonancia con el bloque de constitucionalidad, en particular por parte del legislador y la judicatura, pues una de sus funciones cardinales es garantizarlos a plenitud en el marco propio de un Estado Social y Democrático de Derecho que se precia de tener constitucionalizado su ordenamiento normativo y, en especial, el penal (Uprimny, 2006 p. 110). Ello es todavía más relevante cuando se piensa en el papel del juez en dicho modelo de Estado quien, en las sentidas palabras del maestro Ferrajoli (2006, p. 26), es el garante por excelencia de los derechos fundamentales de las personas y a partir del cumplimiento de su tarea es como se legitima a la jurisdicción y se garantiza su independencia de las otras ramas del poder público. Por lo tanto, el juzgador penal no puede seguir haciendo de las condenas su tarea vital y menos pretender la búsqueda de la verdad y la aplicación de una supuesta justicia material a costa del sacrificio de los principios rectores y de los derechos constitucionales que, especialmente, amparan al sujeto pasivo de la acción penal.

Referencias

- Acto legislativo 03 de 2002. Por el cual se reforma la Constitución Nacional. *Diario Oficial* No. 45.040, Congreso de la República de Colombia, diciembre de 2002.
- Andrés, P. (2003). Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica). *Jueces para la democracia*, No. 46, 57-66. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/409555.pdf>
- Arciniégas, G. A. (2005). *Investigación y juzgamiento en el sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Aristizábal, L. I. (2002). *Contradicción o controversia de la prueba en materia penal*. Bogotá: Leyer.
- Auto 36011 (2001, julio 6). Casación. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 26089 (2006, noviembre 2). Casación. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 26727 (2007, febrero 7). Casación. M.P. Marina Pulido De Barón y Jorge Luis Quintero Milanés. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

- Auto 32050 (2009, septiembre 14). Casación. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 33021 (2010, abril 21). Casación M.P. María del Rosario González de Lemos. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 34827 (2011, mayo 19). Casación. M.P. José Luis Barceló Camacho. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 34991 (2011, octubre 26). Casación. M.P. José Luis Barceló Camacho. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 36433 (2011, agosto 9). Casación. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 41109 (2013, octubre 9). Casación. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 43926 (2015, mayo 25). Casación. M.P. Eyder Patiño Cabrera. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Avella, P. O. (2007). *Estructura del proceso penal acusatorio*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Bedoya, L. F. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Forenses.
- Bedoya, L. F. (2013). *Prueba de referencia y otros usos de declaraciones anteriores al juicio oral*. Medellín: COMLIBROS.
- Bernal, J. & Montealegre, E. (2013). *El proceso penal, fundamentos constitucionales y teoría general* (vol. I, 6 ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bujosa, L. M. (2008). La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio. *Revista Electrónica Pensamiento Jurídico de la Universidad Nacional*, 21, 53-82. Recuperado de http://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38186/pdf_204
- Camargo, P. P. (2005). *El debido proceso*. Bogotá: Leyer.
- Carocca, A. (1997). *Garantía constitucional de la defensa procesal* (1 ed.). Barcelona: J. M. Bosch.
- Caso Douglas vs. Alabama (1965), 380 U.S. 415. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/380/415/>
- Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (1999, mayo 30). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf
- Caso Maryland vs. Craig (1990), 497 U.S. 836. Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/supct/html/89-478.ZS.html>

- Caso Jesse Elliott Douglas *vs.* State of Alabama, 347 U.S. 415 (1965). Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/380/415>
- Caso El Pueblo de Puerto Rico *vs.* Víctor González Vega (1999). Número del Caso: CC-97-126. Certiorari: 99 TSPR21. Juez Ponente: Brau Ramírez. Tribunal Supremo de Puerto Rico. Recuperado de <http://www.ramajudicial.pr/opiniones/1999/99tspr21.pdf>
- Congreso de la República (2002). Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara. Por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política. *Gaceta de Congreso* No. 134, 26 de abril de 2002.
- Congreso de la República (2003). Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 01 de 2003 Senado. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso* No. 564, 31 de octubre de 2003.
- Congreso de la República (2010). Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 164 de 2010 Senado. Por medio de la cual se reforman el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre Extinción de Dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. *Gaceta del Congreso* No. 850, 03 de noviembre de 2010.
- Congreso de la República (2010). Proyecto de Ley 164 de 2010 Senado. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre Extinción de Dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. *Gaceta de Congreso* No. 737, octubre de 2010.
- Congreso de la República (2015). Proyecto de reforma que propone la Fiscalía General de la Nación. Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 906 de 2004, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República de Colombia. Recuperado de <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/VERSI%C3%93N-DE-REFORMA-PARA-RADICAR-15-de-abril-de-2015.pdf>
- Council of Europe (2010). Convenio Europeo de Derechos Humanos. Strasbourg: European Court of Human Rights. Recuperado de http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf
- Constitución política (1991). Congreso de la República de Colombia. Colombia.
- Chiesa, E. L. (2005). *Tratado de Derecho Probatorio* (T. II, 1 ed.). USA: FTS.
- Chiesa, E. L. (2008a). *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y de Estados Unidos* (Vol. 1.). Bogotá: Forum.
- Chiesa, E. L. (2008b). *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y de Estados Unidos* (Vol. 3.). Puerto Rico: Forum.
- Devis, H. (2006). *Teoría general de la prueba judicial* (T. I, 5 ed.). Bogotá: Temis.

- Estados Americanos (1969). Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.
- Estados Unidos de América. Constitución de los Estados Unidos de América (1787). Convención de Filadelfia, septiembre de 1787.
- Federal Rules of Evidence. Pub. L. 93-595, §1 (1975). Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>
- Fernández, J. (1998). *Principios y normas rectoras del Derecho Penal*. Bogotá: Leyer.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo Penal* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al.). Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (5 ed.). Madrid: Trotta.
- Fierro, H. (2006). *La prueba en el derecho penal. Sistema acusatorio*. Bogotá: Leyer.
- Gimeno, V. (1993). *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gobierno de Puerto Rico. (1952). Constitución del Estado libre asociado de Puerto Rico, julio de 1952.
- Gómez, J. L. (2010). *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso del siglo XXI*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Gómez, J. L. (2015). *Fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- González, A. (2011). *El juicio en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Leyer.
- Granados, J. (1996) *El sistema penal acusatorio en el derecho comparado y la nueva Fiscalía General de Colombia*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Guastini, R. (2001). La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En R. Guastini. *Estudios de Teoría Constitucional* (pp. 153-183). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guerrero, O. J. (2006). El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 1047-1069. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30343/27389>
- Guerrero, O. J. (2015). *Institutos probatorios del nuevo proceso penal* (2 ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Herrera, E. & Cortés J. (2011). *Prueba ilícita y prueba ilegal: criterios de diferenciación* (tesis de maestría). Universidad Libre, Bogotá D.C. Recuperado de <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/6072/HerreraAldanaElizabeth2011.pdf?sequence=1>

- Jaén, M. (2000). *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. *Diario Oficial* No. 48.110. Congreso de la República de Colombia, junio de 2011.
- Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. *Diario Oficial* No.48.128. Congreso de la República, julio de 2011.
- Ley 1652 de 2013. Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. *Diario Oficial* No. 48.849, Congreso de la República, julio de 2013.
- Ley 600 de 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario Oficial* No.44.097. Congreso de la República, julio de 2000.
- Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario Oficial* No.45.658. Congreso de la República, septiembre de 2004.
- Marín, R. (2005). *Sistema acusatorio y prueba*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Martínez, G. (2006). *Procedimiento penal colombiano. Sistema acusatorio*. Bogotá: Temis.
- McCormick, Ch. (1954). *Handbook of the Law of Evidence*. St. Paul: West Publishing Co.
- Miranda, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch.
- Molina, R. (2010). El debido proceso penal en Colombia y España. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, núm. 112, enero-junio, 2010, pp. 15-42. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151416945002>
- Montero, J., Gómez, J. L., Barona, S. Esparza, I. & Etxeberría, J. F. (2017). *Derecho jurisdiccional* (T. III, Proceso Penal, 25 ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Morales, G. (2014). *Ciencia de las pruebas penales. Sistema acusatorio*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Mueller, Ch. B. (1992). *Post-modern hearsay reform: the importance of the complexity*. *Minnesota Law Review*, 76, 367-423.
- Naciones Unidas (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

- Naciones Unidas (2002). Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía. Recuperado de http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/DER_NINO-PROSTITUCION.pdf
- Park, R. C. (1992). *Foreword: the hearsay reform conference. The new wave of hearsay reform scholarship. Minnesota Law Review*, 76, 363-366.
- Parra, J. (2011). *Manual de Derecho Probatorio* (10 ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Ramírez, F. (2006). Postulados del sistema penal de Estados Unidos y prueba pericial comparada. *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*, 16, 75-96.
- Reglas de evidencia de Puerto Rico (2009). Recuperado de http://www.ramajudicial.pr/Prensa/2009/02-26-09/REGLAS_EVIDENCIA_2009.pdf
- Reglas de evidencia para el Tribunal General de Justicia de Puerto Rico (1979). Recuperado de <http://www.lexjuris.com/lexlex/lexevide.htm>
- Reyes, Y. (2008). La prueba de referencia y el testimonio de oídas. En: R. Posada Maya (Coord.): *Temas de Derecho Penal* (pp. 371-388). Bogotá: Universidad de los Andes-Editorial Temis.
- Roxin, Claus. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sentencia STC 80 (1986, junio 17). BOE núm. 159, de 04 de julio de 1986. Recurso de amparo núm. 679/1985. P. Eugenio Díaz Eimil. Sala Primera. Tribunal Constitucional.
- Sentencia STC 217 (1989, diciembre 21). BOE núm. 10, de 11 de enero de 1990. Recurso de amparo núm. 1.036/1987. P. Vicente Gimeno Sendra. Sala Primera. Tribunal Constitucional.
- Sentencia 75 STC (2013, abril 8). BOE núm. 112, de 10 de mayo de 2013. Recurso de amparo núm. 1771-2011. P. Adela Asúa Batarrita. Sala Primera. Tribunal Constitucional.
- Sentencia STC No. 187 (2003, octubre 27). BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003. Recurso de amparo núm. 1069/99. P. Pablo García Manzano. Tribunal Constitucional. Sala Primera.
- Sentencia STS No. 332 (2006, marzo 14). Recurso de casación. P. Francisco Monterde Ferrer. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sala Segunda. Recuperado de <http://supremo.vlex.es/vid/abuso-sexual-testigo-refetencia-as-20549661>
- Sentencia T-406 (1992, junio 5). Acción de tutela. M.P. Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional.
- Sentencia C-127 (1993, marzo 30). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional.

- Sentencia C-038 (1995, febrero 9). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional.
- Sentencia T-123 (1995, marzo 21). Acción de tutela. M.P. Eduardo C. Muñoz. Corte Constitucional.
- Sentencia C-591 (2005, junio 9). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional.
- Sentencia C-144 (2010, marzo 3). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional.
- Sentencia 17629 (2009, octubre 07). M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sección Tercera. Consejo de Estado.
- Sentencia 24468 (2006, marzo 30). Casación. M.P. Edgar Lombana Trujillo. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 25920 (2007, febrero 21). Casación. M.P. Javier Zapata Ortiz. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 26411 (2007, noviembre 8). Casación. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 27477 (2008, marzo 6). Casación. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 29609 (2008, septiembre 17). Casación. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 31950 (2009, agosto 19). Casación. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 32868 (2010, marzo 10). Casación. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 32872 (2010, febrero 24). Fallo de segunda instancia. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 33621 (2010, marzo 10). Casación. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 33651 (2011, mayo 18). Casación. M.P. Javier Zapata Ortiz. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 36023 (2011, septiembre 21). Casación. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 34703 (2011, diciembre 14). Casación. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.

- Sentencia T-117 (2013, marzo 07). Acción de tutela. M.P. Alexei Julio Estrada. Corte Constitucional.
- Sentencia 38773 (2013, febrero 27). Casación. M.P. María del Rosario González Muñoz. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 36518 (2013, octubre 9). Casación. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 34131 (2014, julio 2). Casación. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.
- Sentencia 44056 (28 de octubre, 2015). Casación. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.
- Sentencia 41712 (2016, febrero 24). Casación. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 43866 (2016, marzo 16). Casación. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 47124 (2016, julio 13). Casación. M.P. Eyder Patiño Cabrera. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Suárez, A. (1998). *Los principios rectores y su relación con la prueba en el nuevo Código de Procedimiento Penal*. Bogotá: Universidad el Externado de Colombia.
- Uprimny, R. (2006). *Bloque de constitucionalidad. Derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa.
- Urbano, J. J. (2012). *La nueva estructura probatoria del derecho procesal* (2 ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Van Kessel, G. (1998). Hearsay Hazards in the American Criminal Trial: An Adversary-Oriented Approach, *Hastings Law Journal*, 49, 447-544.
- Velásquez, F. (1987). *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*. Bogotá: Temis.
- Velayos, M. I. (1998). *El testigo de referencia en el proceso penal*. Valencia: Universidad de Alicante- Tirant Monografías.
- Vélez, E. (2010). *La prueba de referencia y sus excepciones*. San Juan de Puerto Rico: Inter Juris.
- Villamil, E. (1999). *Teoría constitucional del proceso*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Wigmore, J. H. (1904). *A treatise on the system of evidence in trials at common law: including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States*. Boston: Little, Brown, cuatro Vols.
- Younes, D. (1993). *Derecho constitucional colombiano* (3 ed.). Bogotá: Legis.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SUBSIDIARIA DEL ESTADO EN EL PROCESO PENAL Y EL TERCERO CIVIL.

THE PATRIMONIAL RESPONSIBILITY SUBSIDIARY OF THE STATE IN THE CRIMINAL PROCEEDING AND THE THIRD CIVIL PARTY.

*Napoleón Botache Díaz**

Resumen

Este estudio analiza si el tercero civil en el proceso penal es el mecanismo idóneo para garantizar el derecho de las víctimas a la reparación en los procesos por delitos cometidos por agentes del Estado en ejercicio de funciones o cargos públicos, en el contexto de los sistemas jurídicos de Colombia y España al margen de los mecanismos de control judicial que, como la acción de reparación directa, establece la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El estudio determina que, aunque la figura procesal adecuada para la vinculación del Estado en esos procesos penales es el tercero civilmente responsable, por la cual aboga el autor del trabajo, en el sistema jurídico colombiano no se puede aplicar esa institución. Al final, se hace una propuesta sobre el asunto.

Palabras claves

Tercero civilmente responsable, responsabilidad civil subsidiaria del Estado, servidores públicos, reparación, proceso penal, delitos cometidos por agentes del Estado.

Abstract

This paper analyzes whether if the third party civil in the criminal proceeding is the ideal mechanism to guarantee the victims' right to reparation in the proceedings for crimes committed by agents of the State in the exercise of public functions or positions, in the context of the legal systems of Colombia and Spain outside the mechanisms of judicial control, like the action of direct reparation that establishes the jurisdiction of the administrative contentious. The article determines that, although the appropriate procedural figure for the State's involvement in these criminal proceedings is the third civilly responsible, like the author of this academic article defend, in the Colombian legal system that institution cannot be applied. In the end, a proposal is made on the matter.

* Magíster en Derecho, Candidato a Doctor, Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá. Este trabajo es un avance parcial del proyecto de investigación con ocasión de los estudios de Doctorado en Derecho que adelanta el autor dentro del Programa de Doctorado de la Universidad Sergio Arboleda, sede Bogotá.

Keywords

Civil third party responsible, subsidiary civil liability of the State, public servants, reparation, criminal process, crimes committed by agents of the State.

Introducción

En Colombia se suelen encontrar en algunas providencias judiciales afirmaciones como aquella según la cual los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, se encuentran garantizados a plenitud al interior del proceso penal; no obstante, cuando se hace un estudio detenido sobre la aplicación del asunto se advierte que –en ocasiones– sucede todo lo contrario, esto es, se observa un total aislamiento y desconocimiento de los más elementales derechos. Es el caso de la garantía de la reparación en eventos de responsabilidad patrimonial del Estado en virtud de los daños generados por sus agentes cuando han cometido delitos, situación en la cual el panorama es preocupante dificultándose la posibilidad de reparación integral de las víctimas, lo cual las obliga a acudir a diferentes instancias judiciales con los inconvenientes que ello conlleva; distinto, por supuesto, es lo que sucede en el derecho español en el cual existen construcciones académicas que contribuyen al restablecimiento del derecho y la dignidad humana de las víctimas en esos casos, sin reparar en la economía procesal que ofrece la comunidad de la prueba existente lo que, además, implica ahorro de tiempo y de esfuerzos tanto para los intervinientes como para la administración de justicia.

Por lo tanto, no hay duda en torno a la necesidad de abordar el tema en este espacio con miras a contribuir al debate académico y abogar por un cambio de las posiciones jurisprudenciales existentes o por futuras reformas legislativas, de gran validez para el sistema jurídico. Así mismo, se debe advertir que para adentrarse en la discusión es prudente preguntarse, en primer lugar, si el Estado –en todos los niveles– puede ser vinculado a los procesos penales contra sus funcionarios y empleados por la comisión de conductas punibles, para que responda (de manera subsidiaria) con el patrimonio público por los daños causados a los particulares; y, en segundo lugar, si la respuesta a tal cuestión es afirmativa debe establecerse cuál es la figura procesal penal adecuada para cumplir con tal finalidad.

Este planteamiento alcanza un alto grado de importancia en atención a la discusión que se presenta al interior del proceso penal por la congestión que padece la justicia contencioso administrativa, como producto –en su mayor parte– del ejercicio desmesurado que hacen los profesionales del derecho, a lo cual se suma la incorporación en el ordenamiento legal de variadas acciones de índole constitucional tales como la acción de tutela, la acción popular, la acción de cumplimiento y la de pérdida de investidura, las cuales –si bien alcanzan cierto grado de efectividad para el reconocimiento de los derechos y las garantías de los ciudadanos– no logran una cobertura total, al punto de que para algunos han empeorado el panorama judicial del país en materia de garantías de reparación a las víctimas con la consiguiente degradación del sistema judicial que se torna ineficiente e ineficaz y termina, así, por perder su legitimidad.

Por supuesto, las verdaderas dificultades del sistema no logran solucionarse –como aquí se intenta– mediante la expedición de leyes, el aumento significativo del número de funcionarios y empleados a nivel nacional o los cuantiosos recursos técnicos para introducir mecanismos alternativos de solución de los conflictos (piénsese en la conciliación extraprocésal), etc., porque en tratándose de los asuntos que tocan con la responsabilidad patrimonial del Estado a raíz de los delitos cometidos por sus agentes, ello apenas sí se traduce en meros tratamientos paliativos.

Otro asunto que motiva el presente análisis es el relacionado con la pluralidad de procesos judiciales generados por los conflictos que emanan de un mismo hecho histórico; por ejemplo, se acude a acciones judiciales penales, civiles, contencioso administrativas, disciplinarias y fiscales e incluso a las de orden político. Las críticas no se hacen esperar: con ello, se pierde la oportunidad de que un solo funcionario mediante un fallo omnicompreensivo adopte una decisión que resuelva todos estos aspectos, por ejemplo, que en la sentencia penal se defina la pena imponible al autor de la conducta, la sanción disciplinaria y la reparación pecuniaria por la responsabilidad patrimonial del Estado, en la medida en que del hecho derive esa obligación; y, finalmente, imponer las consecuencias fiscales que el caso amerite (claro está con funcionarios capacitados en todas esas disciplinas). Ello, aunque parezca utópico, contribuiría a un mejor funcionamiento del sistema jurídico y a la garantía de una pronta reparación de las víctimas en esos procesos, si, finalmente, los jueces son los que aplican las leyes en función de lo justo.

En ese sentido, este trabajo intenta indagar si es prudente que la administración pueda ser vinculada al proceso penal para que responda patrimonialmente (de manera subsidiaria) por los perjuicios causados por sus empleados o funcionarios por la comisión de conductas delictivas, en atención a su conveniencia en términos de celeridad y de facilitar el acceso a la administración de justicia para las víctimas, amén de hacer un aporte a la economía para la administración pública que representaría ese supuesto.

Así las cosas, el objetivo principal de esta incursión académica es precisar mediante qué figura procesal puede ser vinculada patrimonialmente la administración al proceso penal, a cuyo efecto se hace una comparación del sistema jurídico colombiano con el español con miras a señalar cuáles son los elementos en los cuales coinciden los dos modelos y aquellos que los diferencian y poder, así, tomar los que puedan resultar útiles. Con esa finalidad, se exploran algunos conceptos básicos en materia de responsabilidad patrimonial subsidiaria de la administración en el proceso penal, y se examina la figura jurídico-procesal del tercero civilmente responsable concebida como la adecuada para lograr tal propósito, máxime si está prevista en los dos ordenamientos que sirven como punto de partida para la comparación.

Para el logro de tales propósitos el trabajo incluye la siguiente estructura: en primer lugar, a manera de marco teórico se abordan el concepto de responsabili-

dad civil extracontractual “subsidiaria” de la administración y la figura jurídica del “tercero civilmente responsable”, en un acápite denominado como “limitación teórica de conceptos”. En segundo lugar, en un acápite intitulado como “origen y evolución normativa de la responsabilidad de la administración en Colombia y España”, se hace un análisis de la normativa que rodea cada una de esas instituciones en los dos países; además, se examinan algunas de las decisiones jurisprudenciales más relevantes en esta materia. En tercer lugar, en el segmento denominado como “responsabilidad civil extracontractual «subsidiaria» de la administración derivada del delito cometido por sus agentes”, se hacen algunas consideraciones sobre el estado actual de la cuestión desde el punto de vista doctrinario. Al final, se plasman las conclusiones del estudio y se hace una propuesta concreta de solución a dicha problemática.

La limitación teórica de los conceptos

Se dice que la responsabilidad patrimonial de la administración por los daños causados a los particulares emana del derecho civil aplicable a las personas jurídicas de derecho privado y que, a su vez, se basa en el precepto que indica: “todo aquel que cause un daño a otro debe repararlo” (Rodríguez 1998, p. 369), lo cual supone una relación entre dos sujetos: uno, que ha producido un daño y, el otro, que lo ha sufrido, con la obligación del primero de reparar los perjuicios que ha causado. Pero, lo que hace la diferencia al aplicar el derecho, es la calidad jurídica del llamado a responder pecuniariamente por el autor del daño: “persona jurídica de derecho público” que le ubica en una jurisdicción diferente a la aplicable a los particulares: la contencioso administrativa; el planteamiento del presente trabajo está dirigido, sin embargo, a romper este paradigma en el entendido de que a la administración pública, en el marco del derecho penal, es posible aplicarle el derecho común de los particulares, sin ninguna distinción.

Por eso, Valencia y Ortiz (1998, p. 277) señalan que, poco a poco, se ha establecido al lado de la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado, “cuyos criterios son señalados por la Corte Suprema de Justicia, una responsabilidad administrativa para las personas jurídicas de derecho público cuyas tesis las señala el Consejo de Estado”. Al respecto, es necesario recordar que en nuestro país hasta el año de 1964 la definición de la responsabilidad estatal estaba en manos de la jurisdicción civil como regla general y, de forma excepcional, en la contenciosa administrativa; fue el Decreto 528 del 9 de marzo de ese año, el que invirtió las cargas (Sánchez & González 2002, p. 9).

Por lo tanto, cuando se crea una persona jurídica –bien sea de derecho privado o público– se hace para el cumplimiento de determinadas funciones tales como económicas, culturales, etc., en el primer caso, o para la prestación de determinado servicio público, en el segundo; para tal fin debe disponer de una organización administrativa y de una planificación con personal humano calificado, con un capital mínimo que le permita desarrollar las operaciones con solvencia. En dicho discutir, pueden presentarse incidentes que alteren o interrumpan el funcionamiento y

que, a su vez, causen daño a otros. De allí que deba indemnizarse a quien se le ha causado un daño, así sea con ocasión del giro normal de las actividades (Valencia & Ortiz 1998, p. 279).

Esta posición abandona de plano el concepto de culpa o dolo que acompaña a los actos de los seres humanos, para sostener que la voluntad individual de las personas naturales que integran la organización vale como la voluntad propia de la persona jurídica (responsabilidad objetiva). De ahí que, cuando el daño sea resultado del ejercicio de una función pública, la regulación no se encuentra en las normas de derecho civil aplicable a los particulares (CCC, artículo 2341), sino en el derecho público, y la obligación de responder civilmente nace en Colombia con lo que la jurisprudencia ha denominado como *falla en el servicio* (Güechá 2012, pp. 95-109).

Para ilustrar de forma breve, el término “falla en el servicio” de la administración implica para ella el deber de indemnizar el daño causado por la acción u omisión de las autoridades públicas, asociada a la deficiencia o defecto en la prestación de un servicio o función pública, bien sea por la acción, omisión o extralimitación de funciones, y que puede tener origen en diversas causas, por ejemplo, en la organización administrativa, la deficiente planificación, la falta de controles, en la selección del personal y hasta en la distribución de funciones. Ahora bien, es claro que a partir de la vigencia del artículo 90 de la CPol, se abrieron otras formas de responsabilidad patrimonial de la administración tales como el daño especial, el daño antijurídico, etc., pero para los efectos del presente trabajo interesa la falla en el servicio la cual le da fundamento a la vinculación de la administración en el proceso penal.

En otro orden de cosas, en el derecho español, pese a que las fuentes de la responsabilidad patrimonial de la administración descansan, igualmente, en el derecho civil –pues les asiste el mismo cometido (reparar los daños)–, ésta surge, no ya de una falla en el servicio –como concepto técnico visto en precedencia– sino de la infracción de un deber jurídico con perjuicio de terceros, en cuanto: “han tratado de concretar el alcance de dicha garantía indemnizatoria frente a las lesiones derivadas del funcionamiento de los ‘servicios públicos’, o lo que es lo mismo, ante las lesiones imputables al funcionamiento de las administraciones Públicas” (Fernández, 2015, p. 16).

Al respecto, Fernández (2015, p. 11) señala que la responsabilidad patrimonial de la administración consiste en: “la sujeción a las consecuencias derivadas del incumplimiento de un deber” y explica que la responsabilidad civil o por daño de la administración, tiene fundamento en la infracción de un deber de orden jurídico, bien sea por el incumplimiento de un contrato administrativo o por los daños que causen en el desarrollo de las actividades a que se dedican, que se cataloga como responsabilidad civil extracontractual de la administración, cuyo concepto se encuadra dentro de la responsabilidad por funcionamiento anormal de la administración (Parada, 2000, p. 652); no se puede dejar pasar por alto la existencia

de otras modalidades de responsabilidad, ya no por funcionamiento anormal, sino “normal” de la administración, pero no es tema que interese a nuestro trabajo, por lo tanto, no se profundizará en el mismo.

Con todo, tanto en nuestro país como en el derecho español, el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado se concibe como una responsabilidad objetiva y directa de los daños imputables al funcionamiento de la administración, evolución jurídica que se encuentra tan arraigada en el sistema jurídico de estos ordenamientos legales, que incluso ha sido elevada a rango constitucional (CPol, art. 90 y CPEsp, art. 106.2). Así mismo, se sienta la tesis de que los actos ilícitos cometidos por los empleados y funcionarios, constituyen una falla en el servicio en el caso colombiano o, en el español, un funcionamiento anormal (García de Enterría, 2007, p. 7), razón por la cual la administración está obligada a responder patrimonialmente por los daños que se causen a los particulares, pues el daño se presenta como expresión del funcionamiento del servicio, por tal razón imputable a la administración, sin que el dolo o la culpa personal del agente tengan la virtud de excluirla (Parada, 2000, p. 658).

Fijados estos presupuestos y considerando, adicionalmente, la existencia de los requisitos mínimos para constituir la responsabilidad patrimonial, tales como: el daño, la imputación del mismo y el deber de reparar (Henaó, 2000, pp. 105 y ss.; Rodríguez, 1998, pp. 371-373; y Fernández, 2015, pp. 17-56), viene al caso adentrarse en el tema nuclear del presente trabajo, la responsabilidad civil subsidiaria de la administración por los delitos cometidos por los funcionarios y empleados del Estado, la cual surge al margen de la acción de reparación directa y en el marco de un proceso penal; en otros términos, la obligación de resarcir el daño sólo podrá exigirse cuando el resarcimiento, reparación o indemnización por parte del responsable directo –el declarado penalmente responsable– no puede llevarse a un buen fin, en tanto la administración sólo responderá ante la insolvencia de éste para cubrir total o parcialmente el valor económico del daño, ello con el fin de garantizar la indemnización al perjudicado, siempre y cuando el origen del daño provenga de una falta o culpa personal del funcionario en el ejercicio de la función o, en gracia de discusión, por una falta personal del funcionario por fuera del ejercicio de la función, pero que mantenga una relación estrecha con el servicio o, también, cuando se presentan varias faltas, al mismo tiempo, del servicio y personal (Rodríguez 1998, p. 396). De tal manera, que queda excluida la responsabilidad patrimonial subsidiaria de la administración cuando la falta es “netamente” personal, como lo explica Parada (2000) al citar a Laferriere:

(e)l funcionario no como servidor del Estado más o menos sujeto a error, sino como hombre o mujer con sus debilidades, sus pasiones y sus imprudencia...Siguiendo todavía este criterio son faltas personales y, por consiguientes, de tachables de la función: a) Los actos materiales separables de la función, entendiéndose por tales aquellos que tienen relación directa con la vida privada del funcionario, como son los crímenes pasionales que cometen con ocasión del servicio, utilizando los medios que éste le proporciona; b) Los actos psicológicamente separables de la función, (p. 658).

Los anteriores elementos satisfacen el por qué la administración pública puede ser vinculada al proceso penal para que responda civilmente por los daños causado por sus agentes, pero de manera subsidiaria. Ahora debe determinarse el cómo se puede obtener ese fin en el proceso penal, en otras palabras, mediante que método o figura procesal; ya desde la introducción de este trabajo se ha dicho que la institución jurídico–procesal penal que mejor permite cumplir tal propósito es la del “tercero civilmente responsable”. Ella ha sido definida de forma breve como: “El responsable civil subsidiario es la persona [natural o jurídica] diferente del responsable directo, que ante la insolvencia de éste responde de las consecuencias civiles del hecho delictivo” (Armenta, 2010, p. 100). Otros, por su parte, consideran:

A diferencia de lo que sucede con la responsabilidad criminal, que, por esencia, es personalísima e intransmisible, la responsabilidad civil derivada de la comisión del hecho punible, en cambio, puede corresponder en determinados supuestos a personas distintas del responsable penal, a terceros no inculcados de la comisión de delito o falta alguna que, sin embargo, y por imperativo legal, pueden en ocasiones llegar a responder civilmente del hecho ajeno sobre la base de las especiales relaciones o situaciones jurídicas en que se encuentren con respecto al verdadero responsable penal (Gimeno, Conde-Pumpido & Garberi, 2000, p. 571).

Puntos de vistas, estos, que conducen nuevamente a las fuentes de las obligaciones civiles de las personas jurídicas (pública o privadas) pero, claro, bajo el presupuesto de existencia de un proceso penal en el que se haya determinado la responsabilidad penal en una persona y que en virtud de una relación de carácter civil, comercial, laboral, etc., con éste vincula su responsabilidad patrimonial al interés que le asiste al particular que ha sufrido el daño en que le sean indemnizados los perjuicios.

En suma, son varios los elementos que se requieren para poder hablar de responsabilidad civil “subsidiaria” de la administración en los delitos dolosos o culposos que hayan cometido sus agentes y de ahí que sea la figura del tercero civilmente responsable la indicada; al respecto, se requiere: a) el adelantamiento de un proceso penal en contra de un agente del Estado por delito doloso o culposo; b) que el declarado penalmente responsable tenga o haya tenido una vinculación legal con la administración pública, de ahí es donde nace la obligación; c) que el delito provenga de una falta o culpa personal del agente estatal en el ejercicio de la función o, en gracia de discusión, por una falta personal del funcionario por fuera del ejercicio de la función, pero, que mantenga una relación estrecha con el servicio o, también cuando se presentan varias faltas, al mismo tiempo, del servicio y personal; d) que el declarado responsable penalmente, se encuentre insolvente para reparar total o parcialmente en daño; y, e) que el juez o tribunal autorice su vinculación en los términos y condiciones establecido en el Código de Procedimiento Penal colombiano o en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

Aquí se habla de los elementos mínimos para la vinculación de la administración pública en calidad de tercero civilmente responsable en el proceso penal, para que responda patrimonialmente por los daños causados por sus agentes, y

no de los elementos de la responsabilidad patrimonial de la administración, es decir, del daño, la imputación del mismo y el deber de responder, los cuales son precisamente los que se van a determinar a partir del momento que se autoriza su participación.

El origen y la evolución normativa de la responsabilidad de la administración en Colombia y España

Ahora bien, viene al caso hacer un análisis sobre el derecho positivo que subyace a estas instituciones jurídicas; para tal efecto se estudian las normas constitucionales y legales que las desarrollan, la jurisprudencia tanto de los tribunales administrativos, penales y civiles, en Colombia y España, luego de unos breves antecedentes normativos.

La responsabilidad civil extracontractual de la administración.

A finales del siglo XIX la Corte Suprema de Justicia (CSJ) (1896, citada por Rodríguez, 1998, p. 376) determinó, por primera vez en Colombia, la responsabilidad civil del Estado por daños imputables a sus funcionarios. La decisión, que correspondió a la jurisdicción civil, constituyó el fin de la etapa de la ‘irresponsabilidad’ del Estado (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de octubre de 1896, como aparece citada en Rodríguez (1998, p. 376), para ese entonces, las normas aplicables a las controversias relacionadas con la responsabilidad patrimonial de la administración eran las del Código Civil Colombiano (CCC), igual que para las personas jurídicas de derecho privado, se hablaba de una ‘responsabilidad civil indirecta’ del Estado, en virtud de lo establecido en los artículos 2347 y 2349 del CCC en los que se señalaba la obligación de reparar los daños causados por sus funcionarios “siempre y cuando, se hayan cometido en ejercicio de la función pública o con ocasión de ella, en la medida en que debía procurar una buena elección de ellos y un adecuado control, porque su culpa se proyectaba sobre la persona jurídica pública (CSJ, 1975, p. 272).

Sobre la responsabilidad indirecta la Corte Constitucional (sentencia C-1235, 2005) señaló que este tipo de responsabilidad es “la que se imputa por disposición de la ley a una persona que a pesar de no ser la causante inmediata del daño, está llamada a repararlo por la presunción de culpa que sobre ella pesa”. Sobre esta afirmación se ciernen varias posturas: la primera, “se funda en el incumplimiento del deber de vigilar, elegir o educar –*culpa in vigilando, culpa in eligendo*– al causante inmediato del daño (...) tiene una relación de cuidado o dependencia”. La segunda visión, se funda en un criterio de imputación objetiva –la teoría del riesgo creado o riesgo beneficioso– conforme a la cual “quien se beneficia de una actividad debe soportar las cargas que se derivan del ejercicio de dicha actividad”.

Esta posición jurídica, se mantuvo como regla general, por lo menos hasta finales de la década del treinta (CSJ 1939) antes de que se hablara de la ‘responsabilidad directa del Estado’, ante la jurisdicción civil. Ello, al considerarse que la

persona jurídica y sus agentes, constituían una unidad inescindible, de tal forma que la culpa de estos repercutía “inmediatamente” en la persona jurídica de derecho público; por lo cual, el fundamento jurídico se desplazó a lo dispuesto en el artículo 2341 *ibidem*, es decir, que se trata de un “hecho propio” de la *persona jurídica*. De ahí partió, también, la introducción de otras hipótesis de responsabilidad, como fue la teoría organicista, la cual trató de una mixtura que señalaba que la responsabilidad era directa cuando el dependiente que ocasiona el daño es un directivo, agente o aquel que ‘ejecuta’ “expresamente la voluntad”, e indirecta por los demás empleados, amparada en la relación entre la persona jurídica y el autor del daño (CSJ, 1975, p. 273).

Con posterioridad, la jurisprudencia –tanto de la CSJ como del Consejo de Estado (CE)– advirtió que la responsabilidad *aquiliana* de las personas jurídicas de derecho público era merecedora de un régimen jurídico especial y se habló por primera vez del término “falla en el servicio”, propio del derecho administrativo, con fundamento en la norma constitucional (CPol 1886, artículo 16). Después, con el Decreto 528 de 1964, se le atribuyó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de las demandas por responsabilidad civil extracontractual del Estado. Más tarde, se legisló en el artículo 82 y 128 del Código Contencioso Administrativo (CCA) (sustituido Ley 1437 del 18 de enero de 2011, o Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso administrativo, artículos 103 y 149 y ss.), el objeto de la jurisdicción contenciosa y se fijaron las reglas de competencia del CE, los tribunales y juzgados administrativos, lo cual permitió afianzar de manera definitiva ese concepto (Rodríguez, 1998, p. 381).

Finalmente, aparece el artículo 90 de la CPol en el año 1991, en el que se incorpora como fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado, el concepto de “daño antijurídico” (García de Enterría, 2007, pp. 176 y 177), que contempla otros aspectos *adicionales* a la falla en el servicio, tal es el caso del daño especial, con un claro acercamiento al derecho español y, por ende, el abandono a la tradición francesa imperante hasta el momento (CC, 1996 y CE, 2012). También, apareció un decálogo de normas (artículos 65 a 74 de la Ley 270 de 1996, denominada Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y CC, 1996) mediante las cuales atribuían responsabilidad del Estado por el daño antijurídico que causaban los funcionarios y empleados del sector justicia.

En España, por su parte, el sistema de responsabilidad objetiva es más reciente porque sólo fue aplicado a partir del año 1950 para las entidades locales, y se extendió al plano estatal mediante la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) del 16 de diciembre de 1954, aunque ya se encontraba consagrada en el artículo 41 de la Constitución Republicana de 1931, lo cual nos lleva a concluir que con anterioridad existía un régimen de ‘irresponsabilidad administrativa española’ (Ley 5 de abril de 1904 y Real Decreto del 23 de septiembre de 1904), a la vez, que se hablaba de una responsabilidad extracontractual de los funcionarios por los daños causados en ejercicio de la actividad administrativa (Mir, 2002, pp. 37-38).

Además, de tiempo atrás, el Código Civil Español (CCE) contenía normas que mediante su interpretación comprometían la responsabilidad civil del Estado, es el caso del artículo 1903-5, en el que se establecen los presupuestos de la responsabilidad por el hecho ajeno, exclusivamente, por los daños ocasionados por el *agente especial*, sin que existiera regla que definieran este sujeto, lo que obstaculizaba la labor a la hora de vincularlo, además, remitía al artículo 1902, que regula la responsabilidad civil por el hecho propio –que establecían que cuando el daño se causara por un funcionario público– podría declararse la responsabilidad de la administración, propuesta que no tuvo eco en la jurisprudencia del momento (Martín, 1999, p. 329).

Al margen de este referente histórico, la LEF contenía una cláusula amplia de responsabilidad de la administración, sin embargo se encontraba técnicamente limitada por su aplicación exclusiva a los daños causados por efecto de los procesos de expropiación. Situación que fue corregida, prontamente, por la reglamentación que de la misma se hizo y, por la entrada en vigencia de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado del año 1957, lo que constituyó el pasó de una ley especial a una ley básica de la organización administrativa. Con posterioridad, pese a las dificultades de interpretación y aplicación que pudo tener esta normatividad, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, para el año que inició la reforma constitucional, su uso se afianzó de forma considerable de tal forma que fue incluida fielmente en los artículos 106.2 y 149.1.18^a de la Constitución Política de España (CPEsp) (García de Enterría & Fernández, 1999, p. 365).

Por último, aparece la Ley 30 del 26 de noviembre de 1992, con todas sus reformas (Ley 4 de 13 de enero de 1999, Ley 13 de 3 de noviembre de 2009 y la Ley 2 de 4 de marzo de 2011) denominada “Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, en la que se consagró todo un estatuto de responsabilidad de la administración derivada del funcionamiento de los servicios públicos, por un lado, o de los daños imputables al funcionamiento del Estado, por el otro (Fernández, 2015, p. 16).

La responsabilidad civil extracontractual “subsidiaria” de la administración derivada del delito cometido por sus agentes.

Bien, en esta parte conviene iniciar para hacer referencia a la responsabilidad civil extracontractual “subsidiaria” de la administración en el derecho español, en el cual se halla mayor regulación legislativa, al contrario de lo que ocurre en Colombia donde se echa de menos cualquier desarrollo legal o jurisprudencial.

Entonces, en punto a la responsabilidad civil subsidiaria en el derecho español, señala Fernández (2015, p. 14) que el primer antecedente claro es el artículo 41 de la Constitución republicana de 1931, en la cual se dispuso que cuando un funcionario público en ejercicio de su cargo infringía un deber y ello causaba daño a un particular, la administración a la que presta sus servicios tenía la obligación de responder patrimonialmente por éstos conforme a la ley correspondiente, esta regla fue desarrollada por el artículo 209 de la Ley Base Municipal de 10 de julio

de 1935, que además se complementó con la responsabilidad directa de los funcionarios establecida en la Ley de 5 de abril de 1904, en la actualidad regulada en el artículo 121 del Código Penal Español (CPE). No obstante, Martínez (2009, p. 200) insiste en que el Tribunal Supremo (TS) tiene su propia interpretación mediante la cual aplica a la administración otras normas del mismo código que se refieren a la responsabilidad civil de los particulares, señalando el artículo 120.3 CPE; por lo tanto, la responsabilidad patrimonial subsidiaria de la administración –derivada del delito- se genera por dos supuestos que a la larga constituyen fallas en el servicio (Martínez, 2009, p. 215). Esta norma señala:

Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se haya infringidos los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

Debe mencionarse, además, que se llega al artículo 121 del CPE por vía de remisión que hace el numeral 1 del artículo 146 de la Ley española de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Proceso Administrativo Común (LRJPAC) (el artículo 1092 del CCE también hace una remisión expresa al CPE cuando establece: “las obligaciones que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal”), constituyéndose una clara excepción a la regla general, establecida por el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en la que se establece que corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de todas las pretensiones que en materia de responsabilidad patrimonial de la administración pública se presenten, sin que sea relevante la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de la cual se derive. También, es una excepción a la regla que prohíbe exigir la responsabilidad civil directa al agente que ha causado el daño (artículo 145.1 de LRJPAC).

Con todo, hay que ver que se trata de un sistema jurídico complejo integrado por las normas propias de derecho administrativo, en la que se incluye el Real Decreto 429/1993, del 26 de marzo, que reglamenta los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial del Estado español, que el juez debe tener en cuenta al momento de declarar la responsabilidad subsidiaria además de la nutrida jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español TCE (Martínez, 2009, p. 205, hace referencia a: TCE en sentencia 33/1992, de 18 de marzo y sentencia 316/1996, de 28 de noviembre, en la que se reconocen la diferente naturaleza entre la responsabilidad penal y la civil) y TS (Martínez, 2009, p. 214, trae algunas referencias: TS de 30 de junio de 2000, Ar. 6603; TS de 5 de junio de 2001, Ar. 7187; 31 de enero de 2001, Ar. 491; 5 de julio de 2002, Ar. 7936; 13 de junio de 2003, Ar. 8553; 13 de diciembre de 2005, Ar. 10172, en la cuales se discute la compatibilidad o incompatibilidad de los artículos 120.3 y 121 del CPE), el CPE, LOPJ y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim, artículos 615 a 621).

Ya del lado del derecho patrio, se encuentra una precaria normatividad sobre la materia (véase la normatividad que regulaba la jurisdicción contenciosa admi-

nistrativa desde el año 1913 hasta el año 2012: Ley 30 de 1913, Ley 167 de 1941, Decreto 528 de 1964 y Decreto 1 de 1984 y las normas modificatorias como los Decretos 1036 de 1988, 2270 de 1989, etc.) con la finalidad hallar elementos legales para configurar una responsabilidad civil subsidiaria del Estado, sólo en este último Decreto aparece un artículo que mediante una forzada interpretación, se puede considerar cercano al objeto de búsqueda), empero, el Decreto 1 del 2 de enero de 1984, aludía a que los perjudicados podían demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa a: las personas jurídicas de derecho público, a los funcionarios que causen el daño –por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones– o a ambos, de todas formas, en caso de ser declarado responsable uno u otro o los dos, la entidad debía hacer el pago y repetir contra el funcionario. Esas normas se complementaban con lo dispuesto en el artículo 40 del CPC (Decretos Nos. 1400 y 2019 de 6 de agosto y 26 de octubre del año de 1970) que a la letra establecía:

Responsabilidad del juez. Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos: 1. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad. 2. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto. 3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiera podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer. La responsabilidad que este artículo impone se hará efectiva por el trámite del proceso ordinario.

Ese escenario podía considerarse como una responsabilidad civil ‘subsidiaria’ del Estado, en el evento en que el perjudicado demandara al funcionario y éste fuera declarado responsable. Ante tal situación era la administración a quien correspondía responder por el pago de los perjuicios causados, con la opción de repetir en contra del funcionario responsable, lo que resulta contrario a la tradición jurídica española que prohibía expresamente iniciar cualquier acción en contra de sus agentes, salvo la penal, en cambio, véase que en Colombia estaba la posibilidad de demandar administrativamente a los funcionarios para que respondiera los daños causados a particulares.

Tesis aplicable solo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, porque en materia penal, el Decreto 050 de 13 de enero de 1987 (artículo 58 inciso 2 “...no podrán ser demandados en virtud de esta disposición las entidades o personas de derecho público cuya responsabilidad solo pueda determinarse por la jurisdicción de lo contencioso administrativo”) mediante el cual se estableció el Código de Procedimiento Penal de la época determinó que las personas jurídicas de derecho público no podían ser vinculadas al proceso penal como responsables patrimonialmente cuando sus agentes hubieran sido declarados responsables de la comisión de delitos a título de dolo o culpa. Norma que desapareció de los códigos posteriormente y sin motivación alguna.

Ahora bien, frente a la norma sustantiva penal –a diferencia del CPE– ha sido escueta, pues los dos últimos Códigos Penales refieren de manera genérica quienes están obligados a reparar; en efecto, el art. 105 del D. 100 de 23 de enero de 1980,

señalaba: “Quienes deben indemnizar. Deben reparar los daños a que se refiere el artículo 103 los penalmente responsables, en forma solidaria, y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar”. A su vez, el art. 103 disponía: “Reparación del daño y prevalencia de la obligación. El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan”. En cuanto a la Ley 599 de 24 de junio de 2000, vigente, se establece que: “la conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella” (art. 94). Y, “Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder” (art. 96).

De acuerdo con la citada disposición, el ordenamiento penal colombiano reconoce tres circunstancias en las cuales se configura la responsabilidad patrimonial del Estado, fruto de la condena de sus agentes: en primer lugar, la del declarado penalmente responsable, en otros términos quien han participado como autor de la conducta; esta categoría incluye al autor directo, a los coautores, al autor mediato, al autor mediato por utilización de los aparatos organizados de poder criminal, de conformidad a lo establecido en el artículo 29 del CP. En segundo lugar, la de los partícipes (determinador y cómplice, según el art. 30 CP), quienes contribuirían a la reparación de forma solidaria con el autor y; finalmente, la que alude a ‘todo aquél que deba responder’ de conformidad con la ley sustantiva.

Siendo la última la que mayor dificultad genera por su indefinición. Sin embargo, ante tal aparente ambigüedad,, desde un razonamiento lógico y sistemático, se tiene en cuenta el capítulo del CP en el cual se ubica, “De la Responsabilidad civil derivada de la conducta punible”, el cual, conduce a creer que se trata de las normas sustantivas que establece el CCC (Velásquez, 2009, pp. 1211-1225; y Espitia, 2010, pp.158-159), aunque también podría ser la responsabilidad civil de la administración que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (CPACA), además coincide con el objeto de búsqueda, es decir, con la norma que inspira la responsabilidad civil subsidiaria, en primer lugar, de los particulares y, en segundo, del Estado.

La aceptación de la administración como tercero civil responsable en el derecho del proceso penal español y su negación en el proceso penal colombiano.

El fundamento jurídico del tercero civil responsable en el proceso penal colombiano se establece, por una parte, a partir del concepto de responsabilidad civil directa del artículo 2341 (CCC: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”), que alude de forma exclusiva a las personas jurídicas del sector privado por el hecho cometido por sus dependientes en el ejercicio de la actividad propia del objeto social de la persona jurídica, en el entendido de que el actuar de la persona moral se concreta en el obrar de sus integrantes o directivos; y, por otra parte, la responsabilidad civil indirecta por el hecho cometido por aquellas personas que están bajo su cuidado que establece el

artículo 2347 (CCC: “Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieran a su cuidado”), distinción que se hace necesaria en virtud de las consecuencias, que una y otra, tiene con respecto a los requisitos para determinación de responsabilidad y al tiempo de prescripción de la acción (Córdoba 2013, pp. 57-81).

La Corte Constitucional (Sentencia C-425, 2006), en una inadecuada y confusa interpretación considera que el tercero civil responsable solo tiene fundamento en la responsabilidad indirecta o refleja, véase:

La disposición demandada alude entonces a una responsabilidad indirecta o refleja, en contraposición con la directa o propia. Sobre el particular en el Código Civil de Napoleón, en su artículo 1384, como lo comentan Planiol y Ripert se estableció que, en ciertos casos excepcionales, la ley establece una obligación de reparar el daño causado por otro sin que la víctima tenga que probar la culpa del responsable; en los demás casos, la condena a reparar un daño causado por otro supone la prueba de una falta en la ejecución de una obligación que nos incumbe personalmente o *culpa in vigilando*. Así, los hermanos Mazeaud explican que, en el caso de los daños causados por menores de edad, la culpa próxima es el hecho de estos últimos, quienes se encuentran bajo el cuidado de otra persona, en tanto que la culpa lejana o remota, pero determinante en relación con el daño, es aquella del padre o tutor, quienes habiendo podido evitar el perjuicio, no lo hicieron”. Posición que no comulga con una tradición jurídica sólida como se ha venido advirtiendo, en especial a la tesis de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, cuando los hechos han sido cometidos por sus agentes en el cumplimiento del objetivo social o funcional.

A la citada abstracción se llega gracias a la lectura del artículo 107 del Código de Procedimiento Penal (CPP), cuando menciona que el tercero civilmente responsable es la persona –natural o jurídica– que según la ley civil debe de responder por el daño causado por la conducta del condenado, lo cual podría indicar *prima facie* que no cabe la posibilidad de vincular a las personas jurídicas de derecho público, en cuanto estas no están obligadas a responder según la ley civil, sino de acuerdo a la ley contencioso administrativa, sin embargo, no se puede olvidar que el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración es la ley civil, como en precedencia se anotó. De todos modos, no queda claro si es posible tener como tercero civil responsable a la administración, más cuando ciertos antecedentes normativos contenían la prohibición expresa en la materia (Art. 58 inciso 2 del Decreto 050 de 13 de enero de 1987), lo que podría llevar a concluir que el legislador colombiano mantiene una regla fija de que la administración solo sea vinculada como presunto responsable patrimonial por vía de la jurisdicción especial, establecida a partir del año 1964, cuando con el Decreto 528 se atribuyó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de las controversias sobre la responsabilidad de la administración.

Es de resaltar que sobre el punto específico –es decir sobre la posibilidad de vincular a la administración como tercero civilmente responsable en el proceso penal para que responda subsidiariamente por los daños causados por sus agentes

cuando han cometido delitos dolosos o culposos en el ejercicio de su función-, no existe en Colombia normativa, jurisprudencia, ni doctrina en esa línea, salvo una resolución de la Fiscalía General de la Nación (FGN) del año 1995 donde se niega de forma rotunda esa posibilidad (Espitia 2010, p. 162). Pareciera que el tema es del todo ajeno a nuestro sistema jurídico; de hecho, esa fue una de las razones por las cuales se optó por analizar el derecho español, donde el asunto tiene una regulación expresa que ha generado abundante jurisprudencia y doctrina.

En cuanto a la LECrim española, el artículo 615 de ese ordenamiento contempla una cláusula general de responsabilidad subsidiaria al afirmar que, si durante la instrucción del sumario se señalara la responsabilidad civil de un tercero, tal como lo contempla el Código Penal (artículos 109 a 122 del CPE), procederá exigir fianza o embargo de los bienes. Esta regla se corresponde con lo establecido por el artículo 100 *ibidem*, cuando decreta que de todo delito nace una acción penal para el castigo del culpable, del mismo modo que surge una acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados. Así las cosas, el sujeto obligado a responder civilmente, en primer lugar, será el declarado culpable de la comisión del delito; en otros términos, los autores y cómplices –aunque entre ellos exista una responsabilidad solidaria–, luego de lo cual corresponde el turno a los sujetos que a pesar de no haber tenido ninguna participación en el delito, pero que si tienen una especial relación jurídica con el lugar donde se cometió el hecho o con los autores, responderán civilmente en el exclusivo evento de que los comprometidos directos se hayan declarado en insolvencia total o parcial (Palomo 2008, pp. 293-334). Esta última autora señala:

En los supuestos de responsabilidad plural, es decir, cuando sean dos o más los responsables de un delito o falta, el art. 116.1 CP prescribe que el órgano jurisdiccional determinará la cuota por la que cada uno de ellos deberá responder. El CP no establece qué criterios han de seguirse para esa determinación de cuotas, pero parece lógico entender que la cuantía de éstas responda al mayor o menor grado de incidencia de la conducta de cada uno de los responsables penales, en la producción del daño a reparar o a indemnizar (Palomo, 2008, pp. 293-334).

En punto a la responsabilidad civil subsidiaria de la administración –específicamente: El Estado, las Comunidades Autónomas, las Provincias, las Islas, los Municipios y demás Entes Públicos– se deben tener en cuenta unos requisitos especiales. Para el primer supuesto, es decir cuando la administración es titular del establecimiento en donde cometió el delito y las personas que lo dirijan o administren, o sus dependientes o empleados, hayan inobservado los reglamentos de policía o las disposiciones de las autoridades, se debe establecer: 1) La ocurrencia de un delito de acuerdo a la parte especial del CPE; 2) que el lugar de comisión de la conducta delictiva sea el establecimiento a cargo de la administración; 3) que el director, administrador, dependientes o empleados haya omitido alguna regla de policía o autoridad; y, 4) que exista una relación de causalidad entre la infracción reglamentaria y el delito, de tal manera que la omisión sea determinante en la producción del resultados delictivo.

En cuanto al segundo supuesto, es decir, frente a la responsabilidad patrimonial de la administración por los daños causados por sus agentes en ejercicio de las funciones públicas, se requiere: 1) la existencia de un delito doloso o culposo; 2) que el sujeto activo de la acción penal tenga un vínculo jurídico con la administración; 3) la actuación en ejercicio de las funciones públicas o en el desempeño del cargo y; 4) la conexión directa entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos (Palomo, 2008, pp. 293-334); y, por supuesto, una última, la infaltable declaratoria de responsabilidad del penalmente responsable en firme.

De esta manera, ha quedado planteado como concepto genérico la regulación normativa a partir de la responsabilidad patrimonial de la administración; al mismo tiempo, la responsabilidad subsidiaria y la figura jurídico-procesal que permite la vinculación al proceso penal por lo menos en el derecho español, porque a partir del análisis normativo se ha establecido que, en Colombia, la institución de la responsabilidad civil subsidiaria es inexistente.

La discusión actual en la doctrina

De todo lo visto hasta el momento se deriva que a la administración le corresponde reparar los daños causados a los particulares, cuando sus agentes han cometido delitos dolosos o culposos en el ejercicio de funciones o cargos públicos, pues la época de la irresponsabilidad de Estado –propia de los sistemas de gobierno monárquicos–, está desde antaño superada, es decir, el principio de “*the King can do not wrong*” (el rey no puede cometer ilícitos) no aplica en el sistema jurídico colombiano desde el año 1896 cuando la CSJ entendió que el Estado “sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes” (Rodríguez, 1998, p. 376) y, en el español, a partir de la vigencia de la LEF en el año 1954 (García de Enterría, 1999, p. 361). No obstante, Fernández (2015, p. 13) anota como antecedente concreto y puntal de la responsabilidad del Estado lo dispuesto en la Ley de 9 de abril de 1842, mediante la cual se estableció la obligación de la administración de reparar los daños causados en la primera guerra carlista.

Ahora bien, para nadie es un secreto, que la responsabilidad patrimonial de la administración tiene su fundamento en el derecho privado, con el que además comparte su cometido de reparar los daños causados (Fernández, 2015, p. 11). De ahí, que se diga que ésta es directa, al estar fundada en el concepto técnico-jurídico de responsabilidad por el “hecho propio o personal”, en el cual se interpreta que el daño: “...es causado en forma directa por la conducta del hombre mediante el empleo de su energía muscular o síquica...” (Valencia & Ortiz, 1998, pp. 212-213). En el caso de las personas jurídicas, la actuación de sus agentes debe de ser considerada como actos propios de la administración, siempre y cuando, se mantenga vínculo jurídico de dependencia (García de Enterría, 1999, p. 368). Ello, debido a que la persona jurídica y sus agentes o funcionarios constituyen un todo inescindible, de tal forma, que “la culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica” (Rodríguez, 1998, p. 378).

También, tiene como característica esencial, además de ser directa, la de que es objetiva o de pleno derecho en la medida en que prescinde de cualquier factor psicológico como el dolo o la culpa, por lo que solo se requiere un daño causado a otro y la posibilidad de imputarlo a la actividad del sujeto. Tesis fundada en la necesidad de saber quién debe soportar el daño: si se dice que es la víctima a quien le corresponde, porque en la conducta del autor no se acreditó el dolo o la culpa se comete una injusticia aún mayor, como lo pregona el principio de no responsabilidad sin culpa –hoy llamada teoría de la responsabilidad subjetiva (Mir, 2002, p. 154), en el que lo determinante no es el daño, ni la imputación, sino la culpabilidad del autor, de tal manera que si no hay voluntad en la acción no hay obligación de reparar. Por el contrario, la objetiva o de pleno derecho implica que cada cual debe soportar las consecuencias de sus propios actos, por lo tanto el daño debe ser asumido por el sujeto activo sin que sea significativa la intención (Valencia & Ortiz, 1998, pp. 156-157).

Ya en el plano del derecho administrativo, la responsabilidad objetiva o de pleno derecho o de riesgo ha sido admitida de manera global, es decir, para todas las actividades y niveles de la administración, con la finalidad de atender los resultados lesivos ocasionados por el riesgo especial –creado o dominado– por la administración para el cumplimiento de los fines del Estado; ello también para garantizar el principio de igualdad que tienen las personas ante las cargas públicas, de tal manera que frente a las actividades de la administración todos los ciudadanos obtengan los mismos beneficios, por lo cual no es justo que los daños causados en el ejercicio de éstas, recaigan sobre unos pocos, cuando todos se benefician. Y, finalmente, para garantía patrimonial de los administrados en la medida en que el Estado tiene que indemnizar siempre que se produzca un daño que el ciudadano no esté obligado a soportar, por lo que se hace más importante la víctima que la conducta de la administración (Mir, 2002, pp. 186-186).

Adicional a lo anterior, es una responsabilidad *aquiliana o extracontractual* en atención al tipo de derechos que se desconocen, a título de ejemplo, la propiedad, la vida, el honor, etc. (Fernández, 2015, p. 12). Además, “proviene de la ley, y opera en la órbita social, pues es el fundamento de la vida social del hombre” (Emiliani, 2001, p. 426), a diferencia de su antagónica, la responsabilidad civil contractual, que regula las relaciones contractuales de las partes y la fuente es la autonomía de la voluntad. En consecuencia, los primeros pueden ser desconocidos por cualquier persona –incluida la persona jurídica “Estado”–, en contradicción del segundo, en el cual solo pueden hacerlo las personas que suscribieron el contrato, sin olvidar, que el Estado puede ser una de ellas (Valencia & Ortiz, 1998, p. 151).

Ahora bien, el tema de especial atención es la responsabilidad civil subsidiaria de la administración, la cual contiene los mismos elementos clasificadores vistos en precedencia; en otros términos, es directa –por el hecho propio–, objetiva –prescinde por completo de cualquier elemento subjetivo del autor– y proviene de actuaciones diversas al acuerdo de voluntades entre la administración y los particulares –extracontractual–. Y está direccionada a evitar a los perjudicados por

el daño situaciones de desamparo producidas por la insolvencia total o parcial del directamente responsable, de tal manera que permite vincular a la persona jurídica o pública, que pese a no ser responsable del delito sí puede ser obligada al pago de la indemnización que corresponda al particular que sufrió el daño, ello en la medida que el riesgo especial (creado o administrado) por el Estado, pese a que lo desarrolle el penalmente responsable, es éste quien finalmente se beneficia (Soto, 1996).

Para Soto (1996) es indispensable resaltar que esa garantía ofrecida por la administración a las víctimas –propia de un Estado de Social y Democrático de Derecho (art. 1º.)– de asumir la responsabilidad por los delitos dolosos o culposos cometidos por los agentes de Estado, requiere del análisis de dos circunstancias presentes. Por un lado, la relación jurídica o de hecho entre el responsable penal, y el responsable civil subsidiario; al respecto señala:

Deviene indispensable un acuerdo de voluntades mínimo en virtud del cual la actividad o actuación del responsable penal queda sometida a la potencial intervención del principal, lo que revela la subsistente exigencia, aunque sea en mínima medida, de una huella de reprochabilidad en la conducta del llamado a responder civilmente por otro. Ello va implícito en el requisito a que constantemente alude la jurisprudencia, al tiempo de configurar la responsabilidad civil que nos ocupa, de que el infractor y el responsable civil subsidiario se encuentren ligados por una relación jurídica o de hecho, un vínculo en definitiva en virtud del cual el culpable penalmente hablando se halla bajo la dependencia del principal. El servicio, misión o función han de estarse ejecutando con el conocimiento, consentimiento, anuencia o complacencia del supuesto responsable civil (s/p).

Entonces, plantea dos exigencias frente al punto, la primera que exista un vínculo jurídico o de hecho entre el penalmente responsable y el tercero civil del cual se derive un grado de dependencia del primero al segundo que a la postre demande su intervención. De tal manera, que el responsable civil mantenga un conocimiento de las actividades o actuación pública que desarrolla el culpable penal, el cual implica, según Soto (1996) una “huella de reproche”; y, en segundo lugar, la misión o función que realiza en servidor público haya sido entregada por el responsable civil o por la ley.

Desde luego, ese último planteo en el sentido de que se requiere la existencia de un vínculo jurídico o de hecho entre el penalmente responsable y el tercero civil podría ir en contradicción con lo dispuesto en el artículo 122 de la CC cuando refiere: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento...”, de tal forma que no se podría generar una responsabilidad patrimonial del Estado por una relación de hecho entre el Estado y un particular.

Por otro lado, que la comisión del delito doloso o culposo que causó el daño al particular haya surgido del ejercicio normal o anormal de las funciones, tareas o cargos entregados o encomendados por la administración al penado, lo que también incluye la extralimitación de funciones. Esto porque si se carece de ésta, por más que el delito haya sido cometido por el funcionario o empleado público, no existirá responsabilidad subsidiaria como ocurre cuando, por ejemplo, se trata de

crímenes pasionales que cometen los servidores públicos incluso con los elementos entregados para el ejercicio de la función (Parada, 2000, p. 658).

Finalmente, la forma mediante la cual la víctima o su apoderado conminen la participación de la administración en el proceso penal para que responda por los daños y perjuicios causados por sus agentes cuando han cometido delitos dolosos y culposos, es mediante la vinculación como tercero civilmente responsable (Bernal, 1984), por lo menos en el caso español pues tanto el CPE y la LEcrim contienen una regulación detallada que lo permite, pues en Colombia no es posible como se afirmara en precedencia y, como lo señala la FGN, mediante decisión del 27 de septiembre de 1995 emanada de la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia (Espitia, 2010, pp. 159-162), en uno de los escasos pronunciamientos que sobre la materia existen.

Esta decisión, que emplea argumentos poco aceptables en cuanto a los derechos de las víctimas se refiere, se apoya en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil (CPC) según el cual los magistrados y jueces (aunque el espectro de funcionarios y empleados que hacen a la administración responsable patrimonialmente es mucho más amplio) son responsables por los perjuicios que causen a las partes cuando actúan con dolo, fraude o abuso de autoridad, cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto o por error inexcusable, ante lo cual el afectado podrá pedir la indemnización por vías del proceso civil ordinario regulado en la misma norma; por lo tanto, no había lugar a admitir a la administración en el proceso penal. Sin embargo, esa no era la razón de fondo sino la de que las características propias de la responsabilidad estatal impiden vincular al Estado como tercero civilmente responsable. Al respecto se ha dicho:

Tras un largo proceso de decantación jurisprudencial, es hoy ya lugar común afirmar que la responsabilidad del Estado por actos, hechos u operaciones administrativas es directa por falla en el servicio, así tal falla además pueda ser atribuida subjetivamente a alguno de sus agentes, como también está ya claro en la jurisprudencia del Consejo de Estado que la fuente no está definitivamente en las reglas de la responsabilidad extracontractual prevista por el Código Civil, sino que ella deriva directamente de la CPol, en cuanto ésta le señala al Estado unos fines que son los que orientan su actividad y cuyo incumplimiento puede dar lugar a una falla en el servicio que a su vez eventualmente ocasiona daños particulares que deben ser indemnizados. Y como responsabilidad directa que es no puede reducirse ni asimilarse, (...) a la acción civil ordinaria ni confundirse las fuentes de responsabilidad, como tampoco se puede tener al Estado como tercero civilmente responsable de los daños que ocasionen sus agentes, porque son acusados directamente por aquel, bajo la ya pacífica teoría de la falla en el servicio público (...) Y la responsabilidad directa del Estado por falla en el servicio da lugar a la acción indemnizatoria correspondiente, solo que es una acción que únicamente puede ser instaurada ante la jurisdicción contencioso-administrativa y por lo tanto no puede ser ejercida dentro del proceso penal (Espitia, 2010, pp. 160-161).

Esta propuesta desconoce elementales principios del proceso penal, pues como lo refiere Maier (2002, p. 178) él tiene por propósito –accesorio o secundario–

realizar el Derecho civil derivado del delito, de tal forma que cuando se ejerce la acción civil reparadora en el proceso penal se aplica el derecho civil, bajo las reglas propias del proceso civil por remisión expresa de la norma procedimental penal. Además, en nada contribuye a la obligación que tiene el Estado de respetar –y de hacer respetar– los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, reconocidos internacionalmente como en la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en la Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985” (Bernal & Montealegre, 2013, pp. 694-695). Asimismo, desconoce, la abundante riqueza de las instituciones que el derecho comparado nos ofrece, tal es el caso del sistema jurídico español, del cual nuestro país ha venido nutriéndose hace más de tres décadas.

Conclusiones y propuesta

En punto a las reflexiones que conlleva el presente análisis de la reparación al interior del proceso penal por la responsabilidad patrimonial ‘subsidiaria’ de la administración, se establecen dos conceptos: la responsabilidad patrimonial del Estado y el tercero civilmente responsable en el proceso penal, lo cual permitió hacer el examen puntual del asunto en los sistemas jurídicos colombiano y español.

Adicional a ello, se determinó que la obligación en cabeza de la administración de reparar por los daños causados por sus agentes en todos los eventos se constituye además en un derecho fundamental de los ciudadanos, en especial cuando el daño es producto de un delito doloso o culposo. Por esta razón, es un deber del Estado velar por procedimientos de indemnización expeditos para las víctimas y perjudicados en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia. En consecuencia, se considera que la figura del tercero civil por responsabilidad extracontractual subsidiaria de la administración en el proceso penal es un mecanismo ágil y eficaz para garantizar el derecho de reparación con un mecanismo efectivo.

Sin embargo, aunque la figura procesal del tercero civil responsable, consagrada en el CPP colombiano y en la LEcrim española, es el procedimiento más adecuado para vincular en el proceso penal colombiano a la administración, para que responda subsidiariamente por los daños y perjuicios causados por sus agentes en el cumplimiento de sus funciones o cargos, es una posibilidad que, de momento, sólo es viable en el derecho español donde existe regulación específica en la materia. En Colombia no se podría admitir al Estado como tercero civil en el proceso penal –pese a que no existe norma expresa que lo prohíba– por las siguientes razones:

En primer lugar, hay una desarticulación normativa generalizada, es decir, porque el CP es muy genérico al establecer la responsabilidad derivada del delito, dejando al libre arbitrio del intérprete si el Estado puede o no ser vinculado como tercero civil, figura que se ha aplicado sólo a casos de los particulares. El CPACA, no hace ninguna referencia sobre el particular y solo por vía de interpretación se podría llegar a esa conclusión, cuando se señala que el particular puede optar por

demandar a la administración o al funcionario, o ambos, de todas formas la administración pagará y repite contra el funcionario; sin embargo, ello solo puede ser posible en el marco del proceso contencioso-administrativo, pues otras disposiciones aisladas como la establecida en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia señalan la responsabilidad de los empleados y funcionarios pertenecientes a la administración de justicia y el artículo 40 del derogado CPC, que establecía la posibilidad de iniciar un proceso civil ordinario contra los jueces y magistrados que hayan causado perjuicios, no ofrece claridad frente al mecanismo para demandar la responsabilidad subsidiaria de la administración y en cambio, genera incertidumbre al no establecer parámetros claros.

En segundo lugar, porque esta situación ha conminado a los abogados de las víctimas en la práctica a acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ante la posición de los funcionarios de lo penal (jueces y fiscales) de abstenerse de tratar el tema, remitiendo a los afectados a esa jurisdicción ante la falta de seguridad jurídica en la materia, generando así desorientación en los usuarios y saturación de la administración de justicia, con lo cual se agrava además la condición de las víctimas.

Otro hallazgo que vale la pena resaltar consiste en que al iniciar el presente estudio se consideró que la responsabilidad civil extracontractual subsidiaria de la administración era un asunto de derecho sustantivo, luego se ha llegado a la conclusión de que tal presupuesto no existe sino que se trata de un asunto netamente procesal, es decir, que su fundamento no está en el derecho a ser reparado o quién debe reparar como se señalaba en las normas contenidas en el CCC, CCE, CP, CPE, CPACA y LRJPAC, sino cómo se debe buscar la reparación, mediante qué procedimiento –que para el caso ha sido el proceso penal que contempla el CPP y la LEcrim–, además, lo fundamental se resuelve por la responsabilidad civil extracontractual de la administración.

Ahora bien, frente al objetivo de comparar la institución en el derecho colombiano y en el derecho español, debe decirse que ya hay suficiente ilustración en el sentido de indicar que en España existe una institución jurídica sólida y tradicional de la responsabilidad patrimonial subsidiaria de la administración, la cual cuenta con una régimen normativo claro y coherente que ha permitido un desarrollo jurisprudencial y doctrinal de avanzada, de tal manera que permite a la víctima alcanzar una reparación pronta y justa, con el menor grado de trámites y escollos judiciales, al contrario, Colombia ha subvalorado esta institución del derecho comparado, olvidando que desde la vigencia de la CPol del año 1991 se acercó más al sistema de responsabilidad patrimonial de la administración del derecho español y, consecuentemente, se alejó del modelo francés que arraigaba desde finales del siglo XIX.

Por lo anterior, la propuesta de este trabajo es invitar al legislativo a incorporar en futuras reformas en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, una disposición concreta que autorice al juez a admitir la vinculación de la administración

pública como tercero civil responsable, solo en el evento de que el declarado penalmente responsable no cuente con los recursos totales o parciales para reparar; ello les permitiría a las víctimas de violaciones de derechos humanos acceder de una manera más pronta y directa a una reparación justa, sin olvidar los otros derechos que les asisten a la verdad y a la justicia.

En fin, debe afirmarse que no fue posible abordar otros temas de tan vital importancia que también tienen relación con el asunto objeto de estudio, por ejemplo, qué pasa con la responsabilidad patrimonial de la administración frente a figuras como el principio de oportunidad con suspensión del procedimiento a prueba o con la conformidad. También, el estudio de esta figura en los procesos disciplinarios y en el derecho penal militar en los cuales puede ser de mucha utilidad para el sistema.

Referencias

- Armenta, T. (2010). *Lecciones de derecho procesal penal* (5 ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Bernal, J. (1984). Intervención de terceros en el proceso penal. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* (1), 48-59. Recuperado de <http://icdp.org.co/revista/articulo/1/JaimeBernalCuellar.pdf> y <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/362/pdf>
- Bernal, J. & Montealegre, E. (2013). *El proceso penal* (6 ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Córdoba, M (2013). Anotaciones sobre el tercero civilmente responsable en el procedimiento penal colombiano. *Revista Derecho Penal y Criminología Universidad Externado de Colombia*. 34 (96), 57-81.
- Emiliani, R. (2001). *Curso razonado de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Espitia, F. (2010). *Instituciones de derecho procesal penal* (8 ed.). Bogotá: Legis.
- Fernández, G. (2015). *La responsabilidad patrimonial de la administración pública y de otros poderes públicos en el ordenamiento jurídico español*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- García de Enterría, E. (2007). *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. & Fernández, T. (1999). *Curso de derecho administrativo II* (6 ed.). Madrid: Civitas.
- Gimeno, V., Conde-Pumpido, C. & Garberi, J. (2000). *Los procesos penales: comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal con formularios y jurisprudencia*. Barcelona: Bosch.

- Güechá, C. N. (2012). La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores* 15(29), 95-109. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4278453.pdf>
- Henoa, J. C. (2000). La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. En *La responsabilidad patrimonial del Estado. Memoria del seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado* (pp. 105-146). México: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Maier, J. (2002). *Derecho procesal penal: I Fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Martín, L. (1999). Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública* (150), 317-371.
- Martínez, S. (2009). La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de acciones penales. En J. Ortíz y P. Mahillo (Coords.). *La Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI* (pp. 199-244). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Mir, O. (2002). *La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas.
- Palomo, Y. (2008). La pretensión civil deducible en el proceso penal. *Revista jurídica de Castilla y León*, (14), 293-334.
- Parada, R. (2000). *Derecho administrativo I*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez, L. (1998). *Derecho administrativo general y colombiano* (10 ed.) Bogotá: Temis.
- Sánchez, C. & González C. A. (2002). *Aproximaciones a una nueva visión de la responsabilidad extracontractual del Estado en materia de salud* (Tesis de grado, Universidad Javeriana, Bogotá). Recuperada de <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-37.pdf>
- Sentencia C-541 (1992, septiembre 24). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Fabio MorónDíaz. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-541-92.htm>
- Sentencia C-037 (1996, febrero 5). Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia". M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Corte Constitucional Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>
- Sentencia C-333 (1996, agosto 1). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm>

Sentencia C-1235 (2005, noviembre 29). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1235-05.htm>

Sentencia C-425 (2006, mayo 31). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional. Recuperado del sitio Web http://corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-425-06.htm#_ftn3

Sentencia (1939, agosto 21). Casación. *Gaceta Judicial* No. 2392. M.P. Hernán Salamanca. Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia.

Sentencia (1975, septiembre 27). Casación. M.P. Humberto Murcia Ballén. Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia.

Sentencia (2012, junio 14). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Recuperado de consejodeestado.gov.co/documento/.../05001233100020020348701.pdf

Soto, F. (1996). La responsabilidad civil subsidiaria en el proceso penal contra los profesionales sanitarios. *Derecho y salud* 4(1). Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3178698.pdf>

Valencia, A. & Ortiz, A. (1998). *Derecho civil de las obligaciones* (9 ed.). Bogotá: Temis.

Velásquez, F. (2009). *Derecho penal parte general* (4 ed.). Bogotá: Comlibros.

Abreviaturas

CCA: Código Contencioso Administrativo.

CCC: Código Civil Colombiano.

CCE: Código Civil Español.

CE: Consejo de Estado.

CPACA: Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

CPC: Código de Procedimiento Civil.

CPE: Código Penal español.

CP: Código Penal colombiano

CPEsp: Constitución Política de España.

CPol: Constitución Política Colombiana.

CPP: Código de Procedimiento Penal.

CSJ: Corte Suprema de Justicia.

FGN: Fiscalía General de la Nación.

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LEF: Ley de Expropiación Forzosa.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LRJPAC: Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y del Procedimiento. Administrativo Común.

TCE: Tribunal Constitucional Español.

TS: Tribunal Supremo.

III

Documentos

DERECHO PENAL Y POSTCONFLICTO.
POCAS PALABRAS, PERO CLARAS, EN
MATERIA DEL RECURSO AL DERECHO Y AL
PROCESO PENAL COMO INSTRUMENTOS
PARA RESOLVER LAS PROBLEMÁTICAS DEL
POSTCONFLICTO EN COLOMBIA

*CRIMINAL LAW AND POST-CONFLICT.
A FEW, BUT CLEAR, WORDS ABOUT THE RECOURSE
TO CRIMINAL LAW AND TRIAL AS INSTRUMENTS TO
RESOLVE COLOMBIAN POST-CONFLICT ISSUES.*

*Mario Trapani**

Resumen

El trabajo ofrece una panorámica de algunos problemas que pueden surgir en sede de la llamada “justicia transicional”, con particular referencia al actual proceso de paz en Colombia. Demostrado que la fórmula “ninguna paz sin justicia” no significa necesariamente perseguir un modelo de justicia retributiva absoluta a través del efectivo castigo al menos de los autores de los crímenes más graves cometidos en el curso del conflicto interno y que la paz constituye contenido de un derecho fundamental, tanto de los ciudadanos frente al Estado como de cada Estado frente a la Comunidad internacional, derecho frente al cual cualquier otro interés debe ceder. Se demuestra como una paz efectiva y durable, finalizado cualquier conflicto armado interno, pueda ser lograda solo a través de una amnistía general, a favor de todos, indistintamente, los actores del conflicto, y total, comprensiva de todos los delitos, también de los crímenes internacionales, a considerar legítima desde la perspectiva sea del derecho interno que internacional; amnistía condicionada, sin embargo, al cumplimiento de una serie de obligaciones funcionales al restablecimiento de la paz y constitutivas de sanciones llamadas “ejecutivas”.

Abstract

This work offers an overview of some problems which could arise in the so-called “transitional justice”, with particular reference to the current peace process in Colombia. Once shown that the formula “no peace without

* Profesor Ordinario de Derecho penal, Departamento de Jurisprudencia, Universidad Roma Tre, Italia y Catedrático de Derecho procesal penal, *Institutum Utriusque Iuris, Pontificia Universitas Lateranensis*, Ciudad del Vaticano. Texto revisado y ampliado de la ponencia presentada con ocasión del Congreso Internacional de Justicia, Derecho y Posconflicto ‘*Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia*’, celebrado en la Universidad Santo Tomás de Tunja, Colombia, los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2015.

justice” does not necessarily mean the pursuit of retributive and absolute justice through the effective punishment of, at least, the authors of the most serious crimes committed during the internal conflict, and that peace is the content of a fundamental right, whether it is from the citizens towards the State as from every State towards the international community, to which every other interest should yield, it is proven how after an internal conflict an effective and lasting peace may be reached only through a general and total amnesty, directed indistinctly towards all the actors of the conflict and inclusive of every crime, even international ones; such an amnesty has to be considered legitimate under national law and international law, and conditioned, however, to the fulfilment of certain obligations directed to the reestablishment of peace and constitutive of the so-called executive sanctions.

Palabras claves

Justicia transicional, “ninguna paz sin justicia”, sanciones punitivas, sanciones ejecutivas, amnistía, crímenes internacionales, paz como derecho fundamental.

Keywords

Transitional justice, “no peace without justice”, punitive sanctions, executive sanctions, amnesty, international crimes, peace as a fundamental right

Sumario

Premisa

1. Algunas precisiones terminológicas. En particular, sobre los conceptos jurídicos de “paz” y “guerra”.
2. La ambigua naturaleza jurídica del “conflicto armado interno”.
3. Ambigüedad del significado del término “paz” con relación al fin del conflicto armado en Colombia.
4. La previa individualización del fin como presupuesto lógico para la elección de los instrumentos jurídicos idóneos para su consecución.
5. La afirmación “ninguna paz sin justicia” en la perspectiva de una “justicia absoluta” a través de la comprobación de la “verdad histórica”.
6. Ambigüedad de la fórmula “ninguna paz sin justicia” como consecuencia de la ambigüedad del término “justicia”. El concepto de “sanción” como comprensivo, al lado de las sanciones “punitivas”, también de las sanciones conocidas como “ejecutivas”.
7. “Excepcionalidad” de cualquier forma de “justicia transicional” y prevalencia del logro de la “paz”, interna e internacional, sobre cualquier otro interés.
8. La “amnistía” general y total, aunque “condicionada”, comprensiva también de los crímenes internacionales, como único mecanismo realmente idóneo para garantizar una paz efectiva y duradera después de un conflicto armado interno.
9. La amnistía “condicionada” al cumplimiento de una serie de obligaciones funcionales al restablecimiento de la paz social y constitutivas de sanciones “ejecutivas”.

10. Legitimidad de una amnistía condicionada desde el punto de vista del derecho interno constitucional colombiano.
11. Legitimidad desde la perspectiva del derecho internacional de una amnistía general y total, comprensiva también de los crímenes internacionales.
12. Los diversos tipos de amnistía: autoamnistía y amnistía con fines de pacificación nacional.
13. Compatibilidad con el derecho internacional de una “amnistía condicionada” como aquella que aquí se propone para el postconflicto en Colombia, comprensiva también de los crímenes de guerra y contra la humanidad
14. Otros argumentos a favor de la legitimidad internacional de una amnistía condicionada comprensiva también de los crímenes internacionales
15. Etapas jurídicas para llegar a la paz con las FARC en Colombia

Conclusiones.

Premisa

La finalidad de este trabajo es establecer si y, eventualmente, en qué límites los institutos propios del derecho y del proceso penal pueden ser utilizados para obtener una paz “acordada” entre el Gobierno colombiano y las FARC, que sea efectiva y sobretodo duradera, principalmente con referencia a los problemas de la llamada “justicia transicional”, a la cual deberían ser sometidos los jefes y los miembros de la organización guerrillera, pero también los órganos del Estado, en particular como autores o partícipes de los crímenes de guerra o de lesa humanidad cometidos en el curso de un conflicto armado interno que ha durado más de 50 años.

Algunas precisiones terminológicas. En particular, sobre los conceptos jurídicos de “paz” y “guerra”

Preliminarmente, es necesario proceder a una clarificación lingüística del significado de términos como “guerra”, “paz”, “conflicto armado interno”, “justicia”, “sanción”, “impunidad”, etc. para individualizar su, eventual, “cualificación normativa” y por lo tanto también los relativos “efectos jurídicos”.

Como es notorio, el “derecho” puede ser sintéticamente definido como un complejo de reglas, sistemáticamente ordenadas (y organizadas), dirigidas a resolver de forma pacífica los eventuales “conflictos” que pueden surgir entre los miembros de una cierta sociedad, previniendo el recurso a la violencia por parte de los privados; “uso de la fuerza” que se convierte, por lo tanto, en monopolio del Estado. De ello se deriva lógicamente que la “paz social”, de la cual la “seguridad” constituye el indispensable presupuesto, representa la “condición de hecho” para la existencia y el concreto funcionamiento de cualquier ordenamiento jurídico y, por ende, también su “fin último”.

A su vez, eso significa que la “guerra”, en cuanto uso “no regulado” de la fuerza para resolver los conflictos –como ha sido confirmado últimamente por Ferrajoli en la línea de pensamiento trazada por Hobbes–, es la “negación del derecho”, o sea una situación de hecho de por sí no solo simplemente “extraña” a la dimensión jurídica, sino que constituye exactamente su “opuesto”, por lo cual no puede, lógicamente, existir ningún ordenamiento jurídico que no prohíba como “ilícito” la guerra. En esta perspectiva, el mismo derecho internacional, en el momento en el cual ha querido imponerse como un verdadero y propio ordenamiento jurídico –diferente respecto a aquel de cada Estado–, ha debido de manera inevitable prohibir normativamente la guerra como instrumento de solución de las controversias internacionales, cualificándola, por tanto, jurídicamente como “ilícito internacional”, lo cual sucedió con la Carta de la ONU.

Pero esto no significa que el derecho internacional, como el derecho interno de los Estados, excluya del todo el uso de la fuerza, permitiéndolo en efecto solo en cuanto eso sea, siempre normativamente, “regulado” y por lo tanto calificable como “legítimo”; esto es, solo en los casos de la “acción coercitiva internacional” y de la “legítima defensa internacional”, como medidas necesarias, según el art. 39 de la Carta de la ONU, «para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales» que representan, por tanto, los “fines últimos” y la razón de existencia también del ordenamiento jurídico internacional. En particular, como se deduce de la interpretación sistemática de los artículos 39 a 42 de la Carta de la ONU, el uso en estos casos de la fuerza militar debe constituir la *extrema ratio* de tutela una vez que todos los remedios “pacíficos” establecidos por el Consejo de Seguridad de la ONU se hayan revelado en concreto “inidóneos” para restablecer la paz internacional; análogamente a lo que sucede en el derecho interno donde el derecho penal, en cuanto uso regulado de la fuerza contra los autores de los ilícitos más graves, debe intervenir solo como *extrema ratio* de tutela allá donde otros instrumentos de control social menos invasivos no sean considerados adecuados para mantener las condiciones mínimas de convivencia social, y por lo tanto la paz interna, en un determinado momento histórico.

Entonces, si la paz constituye presupuesto y fin último para la “existencia” de cualquier ordenamiento jurídico –interno pero también internacional–, ello significa, lógicamente, que la “paz” constituye ante todo el “contenido” de un verdadero y propio “derecho fundamental” de cualquier ciudadano frente al Estado; Estado que tiene por lo tanto el “deber”, en cuanto “garante” del derecho fundamental de todos los ciudadanos a la paz y a la seguridad personal, de intervenir con todos los medios necesarios –también eventualmente con el uso de las armas– cuando la paz y la seguridad interna sean, de cualquier modo, puestas en peligro por comportamientos ilícitos. A su vez, si la Carta de la ONU prohíbe la guerra, la “paz internacional” se vuelve ahora “contenido” también de un verdadero y propio “derecho” de cada Estado, al cual se corresponde, correlativamente, el “deber” de “garantizarlo” por parte de todos los organismos internacionales (incluidas la ONU, en todas sus articulaciones, y –en cuanto aquí nos interesa en particular– la Corte Penal Internacional).

La ambigua naturaleza jurídica del “conflicto armado interno”

Bajo estas premisas, es evidente que problemas de no fácil solución se presentan cuando se está en presencia de un llamado “conflicto armado interno”, término intencionalmente ambiguo, que indica una situación fáctica de confrontación armada entre Estado, grupos armados al margen de la ley y de estos grupos entre sí.

Las dificultades de cualificación jurídica de tal conflicto y consecuentemente de la posición jurídica de los participantes en el mismo (diferentes de los pertenecientes a las fuerzas armadas del Estado) surgen de la circunstancia de que aquí estamos en presencia de una situación fáctica “híbrida”: contextualmente, hecho gobernado por el derecho penal interno del Estado, pero sometido también a las reglas que, de todas maneras, disciplinan un conflicto armado desde el punto de vista del derecho internacional, puesto que actualmente se considera que por lo menos las normas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional penal se aplican indistintamente a todos los tipos de conflicto armado, no importa si internacional o interno, y por tanto indistintamente a todos los autores de dichos conflictos. Derecho internacional según el cual, de todas formas, la gestión y solución de un conflicto armado interno es un *asunto propio y exclusivo del Estado*. Estado que, teniendo a su vez el derecho-deber de defender y reestablecer la paz social, para obtener este fin, “legítimo” tanto desde el punto de vista del derecho interno como del derecho internacional, cuando se trate de un verdadero y propio conflicto armado no puede evidentemente utilizar solo las medidas “ordinarias” del derecho penal interno, sino que debe recurrir también a instrumentos “extraordinarios” propios del estado de guerra frente a sus mismos ciudadanos que, habiéndose puesto “fuera” del “contrato social”, son calificables ya no como simples opositores políticos sino como verdaderos y propios “enemigos”, así sean “internos”; con la consiguiente fácil posibilidad de comisión, por parte de todos los actores del conflicto –comprendidos los pertenecientes a las fuerzas armadas del Estado– de verdaderos y propios crímenes de guerra y contra la humanidad, que hay que reprimir, en modo aparentemente incondicionado, según el derecho internacional.

Todo esto hace en consecuencia muy complicada, frente a la comisión durante el conflicto interno de crímenes internacionales, la determinación de los instrumentos jurídicos, específicamente penales, a través de los cuales es posible llegar, para poner fin al conflicto, a una “paz negociada” entre el Estado y los llamados grupos armados al margen de la ley; instrumentos que sean compatibles no solo con el derecho interno, sino también y sobre todo con el derecho internacional.

Ambigüedad del significado del término “paz” con relación al fin del conflicto armado en Colombia

Es necesario, ante todo, evidenciar la sustancial “ambigüedad” con la cual el término “paz” ha sido hasta ahora usado para indicar el “fin político” de las negociaciones entre el Gobierno colombiano y las FARC. La ambigüedad está en el hecho de que no es claro si el término “paz” viene usado en el sentido de

“superación” de un “estado de guerra” (como situación “de hecho”, o sea de conflicto armado) que, para ser efectiva y durable, debe interesar e involucrar a la entera sociedad colombiana y, en primer lugar, indistintamente a todos los diversos actores del conflicto (FARC, otros grupos de la guerrilla comunista, AUC y otras organizaciones paramilitares, Fuerzas armadas “regulares” del Estado Colombiano, hasta llegar incluso a las llamadas *bacrim*) o bien si el término paz es usado para indicar, más restrictivamente, solo el contenido del acuerdo que debería brotar de las negociaciones con las FARC.

La respuesta a esta cuestión no es irrelevante, no solo porque –como veremos– ella condiciona inevitablemente la individualización de los instrumentos jurídicos más idóneos para llegar a la consecución del fin, sino, ante todo, porque, si se entiende por el término “paz” solo el acuerdo con las FARC, ello abriría, lógicamente, la vía a la posibilidad de *diferentes reglamentaciones penales* en el proceso de transición a la paz así entendida, según los diversos actores del conflicto, en particular si se trata de pertenecientes al grupo guerrillero o de militares; lo que determinaría, como inevitable consecuencia, una *disparidad de tratamiento* en la valoración de los mismos crímenes internacionales, difícilmente sostenible en la perspectiva política, además de no justificable desde el punto de vista jurídico.

Una observación preliminar, pero de la máxima importancia: si, en esta fase histórica, se considera que la paz entre el Estado colombiano y el grupo guerrillero comunista puede ser útilmente lograda solo mediante negociaciones y por tanto acuerdos, eso tiene como presupuesto lógico que las FARC no han ganado el conflicto ni militarmente ni, mucho menos, políticamente, con la consecuencia que este grupo no puede pretender, como contrapartida del acuerdo de paz, su “reconocimiento político” por parte del Estado y por ende el reconocimiento de la legitimidad jurídica de sus actos entendidos como manifestación de su “derecho de rebelión” contra un Estado por ellos considerado intrínsecamente “criminal” en cuanto “dictatorial” o adicionalmente “totalitario”. Por el contrario, el hecho de que el Estado colombiano sea un Estado democrático en pleno ejercicio de su “soberanía”, que tutela los derechos humanos fundamentales, y, por ende, “legítimo” en la medida del derecho internacional, no puede no tener, a su vez, su relevancia, política pero igualmente jurídica, con referencia a los instrumentos legítimamente utilizables, también desde el punto de vista del derecho internacional, para superar el conflicto.

De eso se deriva que los eventuales crímenes, también gravísimos, cometidos en el curso del conflicto por parte de funcionarios del Estado no son atribuibles al Estado-persona jurídica, en cuanto expresión de su precisa política de “sistemática” violación de los derechos humanos, sino solo a la responsabilidad absolutamente individual y personal de sus autores. Al contrario, la misma existencia de una organización armada al interior del territorio de un Estado –a prescindir de los ulteriores crímenes cometidos por cada miembro de la organización en ejecución del plan criminal común– constituye un “hecho ilícito”, así sea dogmáticamente calificable como “político”, según el único ordenamiento, también internacionalmente reconocido, que es aquel estatal.

La previa individualización del fin como presupuesto lógico para la elección de los instrumentos jurídicos idóneos para su consecución

Solo si viene claramente identificado el “fin”, necesariamente político, que se quiere obtener a través de las negociaciones con las FARC, o sea a qué tipo de “paz” se hace referencia, es consecuentemente posible determinar los correspondientes “medios jurídico-penales” adecuados en concreto al útil logro de aquel fin. Las reflexiones que me propongo desarrollar parten del presupuesto –que asumo como hipótesis de trabajo– que, mediante las negociaciones con las FARC, el Gobierno quiera efectivamente llegar a una paz estable y duradera que involucre a la entera sociedad colombiana, en todas sus articulaciones políticas y sociales, y no solo a una parte.

Esto significa, en particular, que cualquier hipótesis de la llamada “justicia transicional” debe, necesariamente, comprometer *de forma indistinta a todos los actores del conflicto armado* y también a todos aquellos que, a cualquier título y de cualquier forma, hayan favorecido su actividad (políticamente, financieramente, etc.). En esta lógica, el proceso de transición debe, en mi opinión, extenderse así mismo a los grupos de delincuencia común organizada como las llamadas *bacrim*, equiparables –por su estructura organizativa y por el tipo de crímenes que cometen, incluso contra la humanidad– a la guerrilla y a los paramilitares.

En esta misma lógica, sería un preciso deber político e institucional del Gobierno colombiano no solo mantener frente a la opinión pública la máxima “transparencia” sobre el contenido de las negociaciones, sino también y sobre todo hacer entender –en esto buscando el consentimiento de todas las fuerzas políticas, incluso de oposición– que eso que se está intentando lograr mediante las negociaciones en la Habana no es un mero interés político de una sola parte, sino el bien futuro máximo de la entera sociedad colombiana, o sea, una paz social efectiva y duradera, que favorezca a todos y que por tanto, siendo “bien común”, puede ser alcanzada solo con el concurso y el consentimiento, principalmente, de todos los actores del conflicto, cada uno de los cuales debe “ceder en algo” para alcanzar la paz; procurando del mismo modo hacer comprender –se trata de un punto fundamental– que “paz” no significa “injusticia”, pero además que “justicia” no significa necesariamente “pena criminal” aplicada y ejecutada.

Otra condición fundamental, que asumo como hipótesis de trabajo y presupuesto lógico de mi razonamiento, es que los miembros de la delegación de las FARC que negocian en la Habana sean efectivamente “representativos” (o sea hablen realmente en nombre y por cuenta) de la –al menos casi– totalidad del grupo guerrillero. De otro modo, cualquier acuerdo de paz al cual se debiera llegar con el Gobierno, en cuanto no funcional a la consecución de una paz efectiva, sería “ilegítimo”, puesto que terminaría, en realidad, en un tratamiento “de favor” solo para los presuntos jefes del grupo guerrillero, que sería inconstitucional en cuanto “privilegio” carente de “razonabilidad”.

La afirmación “ninguna paz sin justicia” en la perspectiva de una “justicia absoluta” a través de la comprobación de la “verdad histórica”

Comúnmente se dice que un “proceso de transición” de un conflicto armado interno a una situación de paz debería apoyarse sobre un llamado “Programa Integral de Justicia Transicional”, construido sobre diferentes pilares como, principalmente, el desarrollo de procesos penales en contra de los responsables de crímenes atroces para la búsqueda de la verdad y la justicia, la institución de comisiones para la verdad, la predisposición de programas de reparación y la previsión de reformas institucionales.

En este contexto, una de las afirmaciones siempre repetidas, cualquiera que sea la forma concreta de actuación del modelo de justicia transitoria adoptado, es que no puede haber “ninguna paz sin justicia”. Esta fórmula viene comúnmente entendida en el sentido que ninguna paz podría ser obtenida sin una “verdadera”, o sea “efectiva”, “punicción” de los autores –al menos– de los crímenes más graves y atroces cometidos en el curso del conflicto, como aquellos de guerra y de lesa humanidad, en función de una tutela incondicionada de las víctimas, identificando así el concepto de “justicia” con “justicia punitiva” necesariamente “retributiva” e “inderogable”; aunque dicha punición –así sea en presencia de ciertos presupuestos de colaboración procesal, de contribución a la búsqueda de la verdad y de reparación de las víctimas– podría incluso ser “parcial” (como en el caso de penas detentivas “disminuidas” o directamente “alternativas” a la cárcel, pero en todo caso incidentes sobre la libertad personal).

A la persecución de un tal ideal de justicia “absoluta” sería, a su vez, plenamente funcional un proceso penal orientado a la búsqueda de la llamada “verdad histórica o material”, también ella, por su esencia, inevitablemente “absoluta” (con un curioso –aunque no tan curioso– retorno a la finalidad principal del viejo proceso “inquisitorio”) como expresión de una concepción “ética” del derecho y de su confusión con la “moral”, verdadera y propia “ideología jurídica” sintéticamente expresada en la máxima *fiat iustitia pereat mundus*, inadmisibles según una concepción “laica” del derecho que, por el contrario, debería orientar cualquier ordenamiento jurídico moderno, interno o internacional, “garantista” respecto a los derechos humanos fundamentales.

Derecho a la comprobación de la verdad histórica que, a su vez, constituiría, junto al derecho a la justicia, al derecho a la reparación y al derecho a la no repetición de los crímenes, uno de los pilares sobre los cuales debería apoyarse cualquier programa integral de justicia transicional. A este propósito, es necesario sin embargo subrayar como, también en caso de que la comprobación de la verdad histórica fuese encomendada en sede de justicia transitoria, no al proceso penal, sino a una “Comisión para la Verdad” instituida *ad hoc*, es lógicamente absurda la misma idea de una verdad histórica unánimemente compartida, especialmente con referencia a hechos que han, como en el caso de un conflicto armado interno, dividido profundamente a la sociedad; verdad “única”, y, por lo tanto “de Estado”, que –no por casualidad– ha sido uno de los signos distintivos de todos los regímenes

totalitarios, en cuanto intrínsecamente contraria a la libertad de pensamiento y, en particular, a la libertad de investigación histórica que es lógicamente siempre susceptible de confutación.

A parte de toda consideración sobre su legitimidad en un Estado “garantista”, la aspiración a una “justicia absoluta”, en el sentido de la inderogable persecución y punición de, indistintamente, todos los autores –al menos– de todos los crímenes internacionales cometidos en el curso del conflicto, sería prácticamente irrealizable (como históricamente quedó demostrado con el fracaso de la Ley de Justicia y Paz) a causa del *número enorme* de procedimientos penales que deberían instaurarse y, sobretodo, concluirse en tiempos “razonables” y con el obligado respeto de todas las garantías al debido proceso; aspiración por lo tanto a una “justicia punitiva” de por sí inmanejable teniendo en cuenta la escasez de recursos humanos y materiales a disposición. Lo anterior sin contar con el ulterior elemento de complicación constituido por la dificultad, teórica y práctica, de determinar los mecanismos dogmáticos –posiciones de “garantía”, autoría mediata, coautoría, coautoría llamada “impropia”, etc.– que permitan imputar a la responsabilidad penal personal de los jefes los crímenes materialmente cometidos –en el ámbito de una estructura organizativa criminal necesariamente “plurisubjetiva”– por cada miembro del grupo armado, así sea en ejecución de una “política” común.

Si, por consiguiente, “justicia” debiese ser entendida como sinónimo de “justicia punitiva absoluta”, eso llevaría, de forma inevitable, pero ilógicamente respecto a la premisa de una justicia punitiva “inderogable” y por tanto “igual” para todos, al reconocimiento de “*criterios de prioridad*” –“de hecho” (en cuanto dejados al arbitrio de la Fiscalía) o también “de derecho” (en cuanto dictados por el Congreso)– en la persecución y represión de los crímenes internacionales, con la consecuente ilegítima, además que políticamente inaceptable, disparidad de tratamiento entre autores de los mismos hechos delictivos, según la lógica inicuaamente “selectiva” del “chivo expiatorio” (por otra parte conforme a aquel criterio de “selectividad” que ha históricamente, desde siempre, caracterizado a la justicia internacional penal).

Ambigüedad de la fórmula “ninguna paz sin justicia” como consecuencia de la ambigüedad del término “justicia”. El concepto de “sanción” como comprensivo, al lado de las sanciones “punitivas”, también de las sanciones conocidas como “ejecutivas”

En realidad, la fórmula “ninguna paz sin justicia” tiene un significado no único, dada la *ambigüedad del término “justicia”*. Viéndolo bien, en efecto, e incluso partiendo de la idea –en mi opinión impropia y fuente de peligrosos equívocos– que identifica la “justicia” con la “aplicación del derecho”, es sin embargo posible atribuir otro significado al término “justicia” diverso de aquel de “justicia punitiva”, pero en todo caso siempre compatible, en cuanto “funcional”, a la persecución

de la “paz” como finalidad propia de cualquier ordenamiento jurídico (interno o internacional).

De hecho, si se quiere identificar el concepto de “justicia” con la necesaria y efectiva aplicación y ejecución de una “sanción” como consecuencia de la comisión de un “ilícito”, es necesario también recordar cómo –ya desde la perspectiva de la teoría general de derecho (Thon, Kelsen)– el concepto de “sanción” no se identifica en absoluto, ni se agota, en aquello de “sanción punitiva”. En efecto, al lado de las sanciones llamadas “punitivas”, de las cuales la especie más relevante es dada por las “penas criminales”, existe, en todos los ordenamientos jurídicos positivos, la categoría de las *sanciones llamadas “ejecutivas” de tipo reformativo-reintegrativo*, constituidas en particular por la cesación de la conducta ilícita, cuando se trate de ilícito de estructura “permanente”, y por la eliminación de las consecuencias dañosas o peligrosas derivadas de la comisión del delito.

Dada la “preeminencia lógica” de las *sanciones ejecutivas sobre las punitivas* en función de la “reintegración del orden jurídico violado” –puesto que sería intrínsecamente ilógico un ordenamiento que, no obstante la comisión del ilícito, no favorezca de todos modos, hasta donde fuese material o jurídicamente posible, el perseguimiento del mismo resultado útil por el cual el legislador ha puesto la norma violada–, de ello se deduce cómo el ordenamiento jurídico puede prever –y normalmente prevé– mecanismos de “extinción” de la “sanción punitiva”, en particular de la pena criminal, y por tanto de “renuncia a la pena”, “condicionados” al cumplimiento de obligaciones que constituyen el contenido de “sanciones ejecutivas”, bien de naturaleza civil o administrativa además de naturaleza penal, como la eliminación de las consecuencias del delito, que evidencian la “no necesidad” de una pena, aunque “merecida”, una vez que la sanción ejecutiva, por su naturaleza lógicamente de menor incidencia sobre los derechos fundamentales del hombre respecto a la pena criminal (lo que explica la naturaleza de *extrema ratio* de tutela de esta última), haya de todas maneras “en concreto” satisfecho la función de “prevención especial” propia de la pena criminal en las fases de su aplicación y ejecución y por tanto haya en el caso concreto cumplido con el fin de reintegración de la paz social.

En otros términos, una pena aplicada y ejecutada cuando no fuese “estrictamente necesaria” se resolvería en una mera “venganza” de naturaleza “ético-moral”, en cuanto tal injustificada y por tanto ilegítima. Esto significa que las exigencias de “justicia” conexas a la comisión de delitos, también graves, podrían ser de todas formas “útilmente” perseguidas también con instrumentos sancionatorios *diversos* de las penas criminales, como las sanciones “ejecutivas”, cuando precisamente su aplicación y ejecución lograrse de todas formas, en la situación concreta, el fin de reintegración del orden jurídico violado y el de prevención especial propios de la pena, convirtiendo ésta por lo tanto en “no necesaria”.

El mismo discurso puede valer también para el derecho internacional penal, a menos de no quererlo reducir exclusivamente a una irracional y por tanto política y jurídicamente inaceptable dimensión “ética” (que es lo que parece, viceversa,

caracterizar hoy el entero sistema de los crímenes internacionales, sobre todo con la pretensión de considerar el proceso penal como lugar de averiguación de la “verdad histórica” y como instrumento para la tutela incondicionada de las “víctimas”). También con referencia a los crímenes internacionales, en efecto, igual a cuanto sucede con el derecho penal interno, no se puede considerar absolutamente “inderogable” la aplicación y la ejecución de la pena carcelaria y de las penas accesorias, puesto que las exigencias de “justicia”, conexas a la comisión de dichos delitos, bien podrían ser adecuadamente “satisfechas” incluso con la (simple) aplicación y ejecución de sanciones “ejecutivas”, cuando ellas estuviesen, en la situación concreta, “adecuadas” al perseguimiento de la función de “prevención especial” propia de la pena criminal, incluso de aquella “internacional”, convirtiéndola consecuentemente en “no necesaria” al fin de la obtención de esa “paz internacional”, que constituye el “fin primario” y por lo tanto la misma “razón de existencia” del ordenamiento internacional en todas sus articulaciones (incluido el derecho internacional penal); paz internacional obtenible –recuérdese– solo si existe la “paz interna” en cada uno de los Estados que componen la Comunidad Internacional.

Que la función de “prevención especial” propia de la pena detentiva, incluso por la comisión de crímenes internacionales, en vista de la superación definitiva del conflicto armado interno y de la persecución de la paz, pueda ser también adecuadamente cumplida con la aplicación de sanciones llamadas “ejecutivas”, encuentra ya confirmación desde un atento análisis de la tipología de esta especie de sanciones abstractamente hipotizables para poner término a un conflicto armado interno. Piénsese, de una vez por todas, en la disolución definitiva del grupo armado al margen de la ley con la entrega total de las armas, en la cooperación para la eliminación en los campos de las minas antipersona, en la restitución de las tierras ilícitamente sustraídas a los legítimos propietarios, en la restitución integral de las ganancias económicas de los ilícitos cometidos, *in primis* a través del narcotráfico pero también a través del secuestro de personas y de la extorsión.

A la efectiva aplicación y ejecución de estas sanciones, aunque diversas de las penas criminales en sentido propio, a los autores de los crímenes internacionales –sanciones ejecutivas que, impidiendo la continuación y la reiteración de los ilícitos y comportando la eliminación de sus consecuencias dañosas, favorecen *in re ipsa* la reintegración del orden jurídico violado, demostrándose concretamente funcionales a la obtención de la “paz internacional” a través de la “pacificación nacional” después de un conflicto interno–, bien puede entonces corresponder incluso la “*renuncia total*” a la sanción punitiva en cuanto “no necesaria”, habiendo ella de todas formas obtenido su fin de “prevención especial” a través de la “reinserción en la sociedad” de los ex pertenecientes a las organizaciones armadas.

“Excepcionalidad” de cualquier forma de “justicia transicional” y prevalencia del logro de la “paz”, interna e internacional, sobre cualquier otro interés

Tomando conciencia entonces del fracaso de ese instrumento de “justicia transicional” constituido por un modelo como aquel de la Ley de Justicia y Paz, es

necesario, a estas alturas, ante todo recordar cómo cada forma de “justicia transicional”, en cuanto constitutiva de un “derecho transitorio”, es, por su naturaleza y lógica, “excepcional”, en el sentido de “especial” respecto a las normas de derecho “común”, dirigidas a disciplinar situaciones de “normalidad”, pero también como derecho dictado por la (absoluta) necesidad de hacer frente a una “situación excepcional” que, en cuanto tal, no podría ser adecuadamente afrontada si no con “medidas excepcionales” y por tanto “extraordinarias”.

Como la historia ha demostrado ampliamente, cualquier “proceso de transición” de un conflicto armado interno a una situación de paz se mueve entre dos opuestas, y, por tanto, lógicamente irreconciliables, exigencias: de un lado, la tutela “incondicionada” de las víctimas del conflicto, a través de la “punicción” efectiva de los autores al menos de los más graves crímenes contra la humanidad y la “reparación” de los daños sufridos –“derechos” de las víctimas que constituirían el “contenido” también de un “deber internacional” del Estado– y, del otro lado, la “exigencia nacional” de “reconciliación” o sea de “pacificación” de la sociedad. Frente a este “conflicto de intereses”, a menudo expresado sintéticamente como tensión entre –ideal de– “justicia” y –necesidad práctica de la persecución de la– “paz”, no hay sin embargo (no obstante autorizada doctrina –Ambos– haya sostenido lo contrario) alguna posibilidad lógica de llegar, caso por caso, a una “ponderación” entre ellos, y por tanto a un eventual “compromiso” entre las dos instancias, tratándose de intereses no sólo heterogéneos sino (al menos aparentemente) “opuestos”.

En realidad, si el mantenimiento de la “paz social”, y en particular el logro de la “pacificación de la sociedad” después de un conflicto armado interno, no es solamente una exigencia social o una aspiración moral y política, quizás de importancia primaria, sino antes aún, y sobre todo, “contenido” de un específico “deber jurídico” del Estado hacia sus ciudadanos, a los cuales les corresponde un “derecho fundamental” –deber que debe cumplirse *de cualquier modo*, incluso, si es necesario, con el uso de las armas–, de eso se deriva lógicamente que, entre los intereses contrapuestos de la justicia-punicción y de la paz, *deba siempre y de todas formas “prevalecer”, también desde el punto de vista estrictamente “jurídico”, el perseguimiento de la “paz”, no solo “interna” sino también “internacional”*. Ello en consideración al hecho que hoy, dada la prohibición jurídica de la guerra por parte del derecho internacional sancionado por la Carta de la ONU, la “paz internacional” resulta “contenido”, no solo de un “derecho fundamental” de cada ser humano frente al Estado del cual es ciudadano, puesto que la paz internacional tiene como presupuesto lógico la “paz interna” de cada uno de los Estados, sino también –como ya hemos visto– de un verdadero y propio “derecho internacional” perteneciente a cada uno de los Estados al cual corresponde, correlativamente, el “deber” de “garantizarlo” por parte de todos los organismos internacionales (incluidas la ONU, en todas sus articulaciones, y –por cuanto aquí nos interesa– la Corte Penal Internacional).

La “amnistía” general y total, aunque “condicionada”, comprensiva también de los crímenes internacionales, como único mecanismo realmente idóneo para garantizar una paz efectiva y duradera después de un conflicto armado interno

Pues bien, frente a la pregunta sobre cuál mecanismo jurídico-penal es entonces necesario utilizar, en cuanto “mayormente idóneo”, para reglamentar una fase de “transición” de una situación prolongada de conflicto armado interno –y por tanto sustancialmente de guerra– a una de paz, es decir totalmente funcional para garantizar el “postconflicto” a través de una paz que involucra todos los protagonistas del conflicto armado interno además a la entera sociedad colombiana, iniciando por las víctimas, todos sin embargo conscientes que deben de cualquier forma “ceder en algo” para la obtención de un fin “colectivo” superior, la respuesta puede ser una sola: *el único “medio” realmente adecuado y funcional al perseguimiento del “fin” –en todo caso incluso jurídicamente prevalente– de la obtención de una “paz social” en Colombia efectiva y duradera es una “amnistía”*. Amnistía “general y total” (o sea “tumbal”) como “renuncia absoluta a la pena criminal” en relación, indistintamente, con todos los actores, combatientes pero también políticos, del conflicto armado (carácter “general” de la amnistía) y para todos los delitos de todas formas cometidos durante y con ocasión del conflicto armado, *comprendidos los crímenes internacionales* (carácter “abstracto” y “tumbal” de la amnistía).

De hecho, si, con específica referencia al actual proceso de paz en Colombia, no debe haber ni “vencedores” ni “vencidos” –condición “mínima” para una aceptación del proceso de paz por parte de la gran mayoría de la sociedad colombiana en todos sus componentes, sin distinción alguna–, es evidente entonces que los acuerdos entre Gobierno y FARC deben tener como contenido un “punto de encuentro”, políticamente “mediano” entre las dos posiciones extremas, por un lado la general y absoluta punición de los miembros de la guerrilla al menos por todos los crímenes internacionales cometidos –con contextual confiscación de las rentas de todas las actividades criminales– y por otro lado la absoluta e incondicionada impunidad, no sólo penal sino también administrativa y civil. Y no hay duda de que el *instrumento jurídico por definición “neutro”, y por lo tanto políticamente “neutral”, el único realmente “funcional”, desde el punto de vista penal, para garantizar la individualización de una vía “intermedia” y “sin distinción” (por tanto “sin discriminación”)* entre todos los actores del conflicto, es una amnistía general y “total”.

Esta “neutralidad” de la amnistía, que deriva de la “generalidad” y “abstracción” del acto normativo “ley” con el cual viene adoptada, garantiza sobre todo aquel derecho fundamental constituido por la “igualdad” *entre todos los actores del conflicto sin distinciones*, parificando su tratamiento; objetivo este fundamental para el *mantenimiento* de una verdadera paz en el postconflicto, que trae su savia política de un “consenso general” de la sociedad; paridad jurídica de tratamiento sin la cual existiría el peligro concreto de “venganzas” o de otras formas de la llamada “justicia privada” por parte de quien se pudiese sentir no suficientemente “garantizado” o injustamente “discriminado” o en todo caso olvidado del acuerdo –jurídicamente relevante– de paz, con el consiguiente riesgo de una continuación o

peor aún de un agravamiento del conflicto armado. No sería por tanto aceptable, ya jurídica antes que políticamente, una eventual pretensión de las FARC de “limitar” a ellas la amnistía.

La previsión de una amnistía general y total de todos los crímenes, incluso internacionales, cometidos en el curso del conflicto armado interno en Colombia por más de 50 años es, como es evidente, una *elección indiscutiblemente política*, que, por la “excepcionalidad” de la situación que la determina, responde, ante todo, a una *lógica de “razón de Estado”*, como igualmente lo hace cada forma de “justicia transicional”. Elección que, en cuanto fruto de una asunción de “responsabilidad política” por parte de las expresiones políticas de la entera sociedad, puede también ir contra los comunes sentimientos de “justicia” y el mismo derecho común vigente; lo que es posible, puesto que la “política”, en cuanto “fuente” del “derecho” (como de la “guerra”), responde no a una *lógica jurídica sino solo a la “razón de Estado”*. La “política”, en una situación “excepcional” como es precisamente la búsqueda de la paz después de un conflicto armado que ha durado más de 50 años, se debe reapropiar de su rol “natural” cual “fuente originaria” del derecho.

Las “ventajas”, jurídicas y políticas, de una ley de amnistía “tumbal” después de concluido un conflicto armado, y funcionales a la obtención de una efectiva y duradera paz social en el postconflicto, son numerosas: 1) ante todo, como se ha dicho, tratándose de una disposición general y abstracta, como todas las leyes, garantiza la paridad de tratamiento penal de todos los actores del conflicto indistintamente; 2) la amnistía tiene como destinatarios a las personas, singularmente consideradas, y no a grupos o colectividades más o menos organizadas y/o consistentes; 3) ello comporta como consecuencia –importantísima en la perspectiva de una paz social que involucre la entera sociedad– la no necesidad de algún “reconocimiento político”, explícito o implícito, sólo de una parte de los protagonistas del conflicto, específicamente: las FARC, como “grupo organizado” portador de instancias políticas propias (cualquier grupo armado debería constituir un interlocutor político *solo antes* del acuerdo, en la fase de las negociaciones de paz); 4) extinguiendo la amnistía la acción penal, no necesita ninguna verificación judicial de cada uno de los ilícitos, siempre que caigan bajo la ley de amnistía (que sin embargo, para garantizar la paz en el postconflicto, debe ser lógicamente “total” y “tumbal”), sin necesidad por lo tanto de recurrir a los tribunales, que jamás terminarían –visto el número de los participantes en el conflicto interno y el número de crímenes perpetrados– su tarea en tiempos razonables y según una lógica “no selectiva” y por tanto “no discriminatoria”; 5) la extinción de la punibilidad como consecuencia de la amnistía deja intacta la responsabilidad civil –patrimonial y no patrimonial– por los crímenes cometidos por cada persona participante al conflicto (a menos que la ley de amnistía no extinga expresamente también las obligaciones civiles del delito; pero en tal caso el obligado a indemnizar sería el Estado: artículo 150, numeral 17, Constitución Política colombiana).

La amnistía “condicionada” al cumplimiento de una serie de obligaciones funcionales al restablecimiento de la paz social y constitutivas de sanciones “ejecutivas”.

Contrariamente a cuanto en general se cree, la obtención de la paz a través de una amnistía “tumbal” no significa necesariamente “injusticia”, puesto que “justicia”, a su vez, no se identifica necesariamente con la “justicia punitiva retributiva”. Ante todo, no se puede excluir que el concepto de “justicia” pueda ser, sin lugar a dudas, identificado también con la totalidad de los instrumentos “necesarios”, y en su conjunto “suficientes”, para la persecución y la obtención de la “paz”, *identificando entonces (al menos) el “mínimo” de “justicia” con una condición de “paz social”* en cuanto, de por sí, por definición “justa” política pero también moralmente. A eso se agrega como, también considerando en efecto que no se puede hablar de “justicia” sin aplicación de una “sanción” por el crimen cometido, *el concepto de “sanción” no se identifica en absoluto, contrariamente a cuanto a menudo se cree, con aquel de “sanción punitiva” o sea de “pena”*. Al lado de la “sanción punitiva” en sentido propio, encontramos en efecto, como otra especie del género sanción, la “sanción ejecutiva”.

Esto significa entonces que la amnistía, para garantizar en todo caso además las exigencias de “justicia”, así sea en los “límites de compatibilidad” con su fin primario e inderogable, es decir asegurar después de la firma de los acuerdos una paz efectiva y duradera con el consenso de la entera sociedad colombiana en todos sus componentes políticos, debe ser necesariamente “condicionada” al “cumplimiento” de toda una serie de “obligaciones” tendientes a impedir la continuación de la lucha armada y, en los límites de lo posible y por tanto en modo inevitablemente parcial, a asegurar la remisión al estado precedente a la comisión de los ilícitos, ante todo a través del resarcimiento de las víctimas; obligaciones que, desde el punto de vista de la teoría general del derecho, bien se pueden calificar como “contenido” de verdaderas y propias “sanciones ejecutivas”.

En cuanto a la “tipología” de estas sanciones ejecutivas, ellas deberían consistir: 1) ante todo, en la obligación de tener conductas “antagonistas” –o sea “opuestas”– respecto de aquellas que han determinado la realización de los delitos, como las dirigidas a la desarticulación de la banda armada, a la entrega de todas las armas y a la consecuente desmovilización de todos los pertenecientes al grupo criminal; 2) en la obligación de una no adhesión en el futuro a bandas armadas, sean éstas de inspiración política o bien de delincuencia común, siempre que tengan una estructura organizativa “análoga” a aquella de los grupos armados al margen de la ley (como por ejemplo las actuales *bacrim*, dedicadas al narcotráfico y a la extorsión), obligación cuya violación determinaría, entre otras cosas, una situación de “reincidencia” específica; 3) en la obligación de liberar, total e incondicionalmente, a todas las personas que continúan secuestradas; 4) en la obligación de la inmediata puesta a disposición de las autoridades competentes a todos los menores que hagan parte del grupo guerrillero (forzadamente o no, no importa), tratándose no de victimarios sino de víctimas del conflicto; 5) en la obligación de

cooperar con las autoridades en la búsqueda y remoción de las minas antipersonales; 6) en la obligación de indicar los depósitos escondidos de armas y droga; 7) en la obligación de indicar los lugares donde encontrar los cadáveres de las víctimas de los crímenes cometidos por miembros del grupo subversivo; 8) en la *aceptación absoluta e incondicional del “método democrático” como único instrumento legítimo, en la condición de paz del postconflicto, para la construcción política del “consenso”, como “contrapartida” política totalmente imprescindible por la cual el Estado “cambia” la absoluta “impunidad penal” y la plena factibilidad política de reconocer a los ex guerrilleros a través del acuerdo de paz;* 9) en la obligación de la restitución total de las tierras ilícitamente adquiridas a los legítimos propietarios, incluso si formalmente pertenecen a “testaferros”; 10) *last but not least*, en la obligación de la “restitución integral” de las rentas económicas derivadas de los ilícitos cometidos, especialmente a través del narcotráfico.

En efecto, debiendo el resarcimiento de las víctimas –para ser efectivo– razonablemente corresponder al Estado, si no se utilizasen a tal fin ante todo las rentas económicas de las actividades ilícitas de las FARC –que deberían confluir en un Fondo Único para la reparación de las víctimas del conflicto–, el Estado estaría necesariamente obligado a transferir *tout court* sobre el presupuesto general la tarea de resarcir a las víctimas de su actividad criminal, mediante un inevitable aumento de la imposición tributaria a cargo de todos los coasociados, con la consecuencia que, al final, serían, absurdamente, las mismas víctimas directas y aquellas indirectas de la guerrilla, o sea todo el pueblo colombiano, quienes tendrían que pagar a través de nuevos impuestos el costo del postconflicto, resultando así doblemente víctimas.

La “amnistía condicionada”, entonces, constituye en realidad el “medio jurídico” más adecuado para lograr un *efectivo “equilibrio”*, y, por tanto, un verdadero y propio “compromiso”, entre la “razón de Estado”, que está detrás de un instrumento “excepcional” de “renuncia total” a la pena criminal, y la lógica “ordinaria” (“común”) del derecho que pretende de todas formas, en presencia de un ilícito, la aplicación de una “sanción” para satisfacer las exigencias de “justicia”; sanción sin embargo no necesariamente “punitiva”, siempre que en concreto sea “funcional” a la “reintegración del orden jurídico violado” y, por lo tanto, a la obtención de la “paz social”.

De este modo, orientando las exigencias de “justicia” a la construcción de la “paz”, éstas vendrían satisfechas no por la efectiva aplicación y ejecución de las penas carcelarias, sino por la aplicación de “sanciones ejecutivas”, “sustitutivas” de la pena carcelaria, de naturaleza penal pero también civil y administrativa, de todas maneras en su contenido siempre “aflictivas” para sus destinatarios (de otra forma no serían “sanciones” o sea “males”), que deberían asegurar también ellas *in re ipsa* la “previsible” “resocialización” y “no reincidencia” de sus destinatarios y en consecuencia el “fin” de la pena criminal, cuya aplicación se convertiría por tanto “en concreto” ya en “no necesaria” (habiendo las sanciones ejecutivas obtenido de todas maneras el fin al cual la pena criminal debería llegar).

Legitimidad de una amnistía condicionada desde el punto de vista del derecho interno constitucional colombiano

El problema es, ahora, analizar si el instrumento de la “amnistía condicionada” es también “legítimo” desde el punto de vista del derecho “interno” colombiano –en particular de la Constitución Política de la República– y “externo” según el ordenamiento internacional –en particular conforme al derecho internacional humanitario y penal.

Iniciando desde la perspectiva interna “constitucional”, el problema de la legitimidad de una amnistía como aquella que aquí se propone, (condicionada pero) “tumbal”, deriva ante todo del hecho que la Constitución colombiana admite expresamente la amnistía sólo para los “delitos políticos” (art. 150 n. 17 Constitución Política). Aparte la dificultad, aparentemente insuperable, de dar una definición compartida, al menos por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, de “delito político”, la opinión comúnmente acogida excluye, sin duda, de esta categoría, y por tanto de la posibilidad de amnistía, los delitos de terrorismo y los crímenes internacionales de guerra y contra la humanidad, aunque “conexos” a delitos “objetivamente” políticos. A ello se agrega la “no amnistiabilidad” de los “delitos comunes”, como el narcotráfico, el secuestro de personas, la extorsión, incluso si son “conexos” con los delitos políticos.

La solución al problema podría ser ante todo dar, a través de la ley de amnistía, una suerte de “interpretación auténtica” al concepto de “delito político” haciendo, de manera explícita, entrar ahí, solamente a los fines y para los efectos de esta particular y “excepcional” ley de clemencia soberana, indistintamente todos los delitos, cualquiera que sea su “originaria” naturaleza jurídica, cometidos de todas formas con ocasión y para las finalidades, directas o indirectas, conexas al conflicto armado, comprendidos los crímenes internacionales, “derogando” la común interpretación jurisprudencial y doctrinaria que los excluye en modo absoluto de la posibilidad de una amnistía.

La otra posibilidad sería hacer de esta particular ley de amnistía un acto legislativo “derogatorio-especial” respecto a cuanto está previsto en la Constitución Política, sin hacer ninguna referencia –para evitar dudas y confusiones– al concepto de delito político, pero asumiendo, así sea implícita aunque no formalmente, la intrínseca “naturaleza política” de la totalidad de los delitos cometidos de cualquier manera con ocasión del conflicto armado por todos sus autores, simplemente decretándoles *tout court* su amnistiabilidad.

Tal conclusión, que comportaría una “derogación específica” del artículo 150 numeral 17 de la Constitución Política, sería, entre otras cosas, sistemáticamente congruente también con la estructura global de la Constitución misma y en particular con el artículo 22, donde se establece que la paz es un “derecho fundamental” de todos los ciudadanos y, correlativamente, es contenido de un “deber” del Estado, de cumplimiento obligatorio, su persecución *con todos los medios lícitos y legítimos* a disposición, según las circunstancias del caso concreto, *especialmente si*

son pacíficos, o sea no violentos, que van sin duda “privilegiados” respecto a todos aquellos que se traducen en el uso, así sea regulado, de la “fuerza”, como es en particular la ejecución de la pena limitativa de la libertad personal.

Esto significa que una *amnistía* –no solo general y abstracta sino también “tum-bal”– como instrumento de pacificación nacional después de un conflicto armado interno no sólo es una mera posibilidad jurídica, sino, además, a la luz de una correcta interpretación sistemática de la Constitución Política Colombiana, *constituye para el Estado el cumplimiento de un preciso “deber constitucional”, dictado en actuación del “derecho fundamental a la paz” de todos los ciudadanos*; mientras, al contrario, no existe un, igualmente claro, deber del Estado de punir inderogablemente a todos los autores de delitos, incluso gravísimos.

Legitimidad desde la perspectiva del derecho internacional de una amnistía general y total, comprensiva también de los crímenes internacionales

El perfil tal vez más delicado es aquel de la “legitimidad” de una amnistía, que cubra también los crímenes de guerra y contra la humanidad, respecto al ordenamiento internacional y, en particular, al derecho internacional penal. Recuérdense ante todo a este propósito –aunque muchos lo olvidan– que *el derecho internacional vale, al interior del Estado, si y en los límites en los cuales su Constitución reconozca su eficacia*: la “prevalencia” de la Constitución, para el derecho vigente “al interior” de cada Estado, está incondicionada. Tanto es que, al momento de la ratificación de un tratado internacional, el Estado puede hacer insertar una “cláusula de salvaguardia” o “de reserva”, como aquella puesta por el Estado colombiano en el momento de la ratificación del Estatuto de Roma, en el sentido que se excluían del ámbito aplicativo de la competencia jurisdiccional de la Corte penal internacional, y por consiguiente del Estatuto de Roma, los crímenes de guerra cometidos en Colombia incluso dentro los siete años sucesivos a la ratificación del tratado, o sea hasta el 1° de noviembre del 2009. Lo que significa, entre otras cosas, que, para todos los hechos aún constitutivos de crímenes de guerra cometidos *con anterioridad* a esa fecha, podrían sin lugar a dudas beneficiarse de una amnistía los miembros de las AUC y de la guerrilla de las FARC o del ELN que se hubieren “desmovilizado” en actuación de la Ley de Justicia y Paz del 2005, antes del 1° de noviembre del 2009 (aunque alguien, pero en mi criterio en modo errado, podría de todas maneras sostener su punibilidad no según el Estatuto de Roma sino conforme las normas “consuetudinarias” –en mi opinión inexistentes– del derecho internacional humanitario consuetudinario).

Numerosos argumentos pueden ser aducidos, en mi opinión, a favor de la plena compatibilidad con la “legalidad internacional” de una “amnistía condicionada” como la que aquí se propone para el caso colombiano. En vía general, es necesario ante todo considerar cómo no existe ninguna norma de derecho internacional “escrita” que prohíba explícitamente la posibilidad de concesión de una amnistía por los crímenes internacionales (salvo rarísimos casos de tratados bilaterales, a considerarse entonces como especiales-excepcionales, que, como se argumenta *a contrario* según el criterio del *ubi voluit dixit*, confirman la inexistencia de una

norma general). Sobre este punto, tampoco el Estatuto de Roma contiene alguna disposición expresa. Tal “ambigüedad” en la redacción final del texto ha sido, en realidad, fruto de una precisa elección “diplomática” (y por lo tanto querida), puesto que, durante la fase de las negociaciones, las diferentes delegaciones estatales no llegaron a alguna solución compartida sobre el punto; lo que indica además, inequívocamente, cómo se debe también excluir la existencia de una norma “consuetudinaria” internacional que prohíba, siempre y de todas formas, la posibilidad para los Estados de amnistiar crímenes internacionales.

Por el contrario, hay una específica y clara disposición escrita en el ámbito del derecho internacional convencional, aquella del artículo 6, párrafo 5°, del Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 sobre el derecho humanitario –norma respecto de la cual no existe (se subraya) ninguna derogación igualmente explícita–, según la cual, en caso de conflicto armado interno, «A 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», y además sin distinción entre los diferentes actores; a eso se agrega que en los últimos años la misma ONU ha participado en negociaciones de paz dirigidas a la cesación de un conflicto armado interno, patrocinando ella misma y favoreciendo la concesión de amnistías como instrumentos indispensables para propiciar la obtención de la paz y su conservación después de finalizado el conflicto.

De igual forma, no existe ninguna “obligación internacional” de perseguir los crímenes de guerra o los crímenes contra la humanidad, por lo cual también bajo este perfil, una amnistía para la pacificación interna después de un conflicto armado no parecería violar, de por sí, el derecho internacional. Todo lo contrario, desde una correcta interpretación sistemática del mismo Estatuto de Roma, se encuentran algunas precisas disposiciones de las cuales se puede argumentar que *el mismo derecho internacional penal no considera absolutamente inderogable*, como también a menudo se repite, *la efectiva punición de todos los crímenes internacionales*, pudiendo presentarse en concreto situaciones, así estén específicamente previstas por el Estatuto, en las cuales la pena criminal no debe ser aplicada por razones de “*no oportunidad*” de la punición.

A este propósito, vienen ante todo a consideración los artículos 16 y 53 del Estatuto de Roma. En particular, según este último, el Fiscal (*Prosecutor*) ante la CPI, en el ejercicio de su “discrecionalidad”, podría “*abstenerse*” de iniciar la indagación o proseguir la acción, cuando hayan razones sustanciales para considerar que la investigación y el proceder más allá en la acusación y en el juicio «no favorecería los *intereses de la justicia*». Por lo tanto, del artículo 53, interpretado sistemáticamente, se deduce que constituye “principio general” en materia de persecución de los crímenes internacionales, y por tanto de relevancia internacional, el reconocer que los “intereses de la justicia” internacional –fórmula intencionalmente “vaga”– pueden, en el caso concreto, así sea en situaciones “excepcionales”, ser más adecuadamente satisfechos a través de “instrumentos diversos” respecto a la misma persecución del delito; instrumentos, es claro, que deben sin embargo ser

“lógicamente funcionales” respecto a la obtención del “fin último” de la justicia internacional el cual no es –como lo demuestra precisamente la existencia del artículo 53 del Estatuto– la punición a toda costa de los culpables de crímenes contra la humanidad, sino sólo la obtención de aquella “paz internacional” que está en la base de la Carta de la ONU; paz que puede ser adecuadamente asegurada justo por la razonable previsión de no comisión, en el futuro, de crímenes gravísimos, como aquellos que tienen propiamente una relevancia internacional. Precisamente la razonable expectativa de la prevención de crímenes internacionales, gravísimos, como consecuencia de la adopción de instrumentos diversos respecto al proceso penal y a la aplicación de la pena indica la “no necesidad”, en concreto, de la aplicación y ejecución de la pena “clásica”, o sea la “no oportunidad” de la punición, puesto que los “fines preventivos”, especiales y generales, propios de la pena han sido en concreto logrados.

A su vez, el artículo 16 del Estatuto establece que el Consejo de Seguridad de la ONU, cuando considere que una cierta investigación o bien el inicio o la continuación de un proceso penal ante la Corte Penal Internacional podrían, en el caso concreto, interferir con los esfuerzos de «mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales», puede, en el ejercicio, una vez más, de su discrecionalidad política, solicitar a la Corte la *suspensión de la acción penal* (por un periodo de doce meses; solicitud renovable). Vía exquisitamente política que un Estado podría intentar para garantizar una amnistía eventualmente no aceptada por la CPI, remitiendo el caso a consideraciones de *realpolitik* por parte del máximo órgano ejecutivo de la ONU, que podrían “prevalecer” por tanto, una vez más, y para el caso concreto, sobre las exigencias de “justicia punitiva”.

Los diversos tipos de amnistía: autoamnistía y amnistía con fines de pacificación nacional

Admitamos, sin embargo, así sea como mera hipótesis de trabajo, que el derecho internacional, consuetudinario y/o convencional, establezca expresamente una prohibición para los Estados de aprobar leyes de amnistía que tengan por objeto crímenes internacionales. También admitida en efecto la existencia de una tal “prohibición de derecho internacional”, el problema preliminar es, de todas formas, establecer si dicha prohibición es “absoluta”, y por lo tanto de ninguna manera derogable por parte de cada Estado, o bien es “relativa”; en particular, debemos preguntarnos si es necesario tener en cuenta, a fin de determinar el exacto “alcance” de la prohibición, la diversa “naturaleza” de las amnistías, la *ratio* histórica de este instituto jurídico y su compatibilidad o no con el “fin último” del derecho internacional, y por tanto con el ordenamiento que sobre él se funda, de «mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales» (art. 39 Carta ONU).

De un lado, existen de hecho diversos “tipos” de amnistías, entre las cuales es necesario distinguir, en particular, incluso sobre la base de la jurisprudencia de las Cortes internacionales como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, las llamadas “*autoamnistías*”, adoptadas por iniciativa de los mismos órganos del

régimen político –normalmente representado por una dictadura–, directo inspirador de la comisión de los crímenes contra la humanidad por parte de agentes del mismo Estado (que se quieren precisamente amnistiar), con la finalidad principal de “autofavorecerse”.

Absolutamente diversas, sobre todo por la motivación política que las sostiene y que por tanto no pueden ser, lógicamente, “equiparadas” a las llamadas “autoamnistías” (a las cuales solamente, viéndolo bien, se ha hasta ahora referido la jurisprudencia de la Corte IDH), son, por el contrario, las *amnistías adoptadas con la finalidad de “pacificación nacional”*.

Tales amnistías, profundizando, son pues las que reflejan en pleno la *ratio* histórica del instituto, que es justamente la obtención y el mantenimiento de la “paz social”, por tanto, son las adoptables en situaciones “excepcionales” como, en particular, las que pueden ser determinadas propiamente por la finalización de un conflicto armado interno (guerra civil en particular). Más precisamente, la obtención de la “paz social”, como fin primordial de una sociedad jurídicamente organizada como Estado a través del derecho, si en una situación de “normalidad” se logra justo a través de la aplicación del derecho y en particular, cuando se hayan cometido delitos, mediante la aplicación y ejecución de la pena prevista en la ley, a veces, en situaciones precisamente “excepcionales”, el mismo fin se puede obtener, por el contrario, solo a través de la “renuncia” a la pena, como es propiamente el caso de la amnistía. La amnistía –junto a las otras “causas de extinción de la punibilidad”– es por tanto un instrumento lógicamente indispensable para el correcto funcionamiento del mismo sistema penal globalmente considerado, actuando en situaciones excepcionales como “válvula de seguridad” del entero ordenamiento.

Si es pues cierto que la “pacificación nacional” constituye el fin de cualquier amnistía adoptada al finalizar un conflicto armado interno, no se puede, sin embargo, no distinguir ulteriormente según que ella siga a una paz “impuesta” militarmente del vencedor al vencido; o bien se trate de una amnistía derivada de una paz –realmente– “acordada” entre todas las partes en conflicto (en el sentido en particular de “políticamente aceptada” por la entera sociedad), en la cual toda la sociedad se reconoce en cuanto no hay, políticamente, vencedores y vencidos y por tanto todos se sienten igualmente garantizados. Diferencia ontológica y política radical entre dos conceptos de “paz” que no puede dejar de relevar, también, desde el punto de vista jurídico, tanto en la perspectiva del derecho interno como en la del derecho internacional.

La “paz” perseguida a través de las negociaciones con las FARC no presupone la “transición” de un sistema estatal macrocriminal frente a los derechos humanos, como podría ser una dictadura, a un Estado democrático de derecho, pues el Estado colombiano ya de por sí es un Estado de derecho; las negociaciones de paz, en otros términos, no pueden prospectar un “cambio de régimen” de dictadura a democracia. *Se trata solo de lograr la “paz interna”, no la democracia*; lo que significa que la situación colombiana es muy diferente a otras que, en la misma área latinoamericana,

mericana, han, en años precedentes, dado lugar a amnistías (a menudo definidas por la Corte IDH autoamnistías para establecerles su “ineficacia”). Viceversa, la amnistía, que aquí se propone para salir del conflicto armado interno en Colombia, a diferencia de las llamadas autoamnistías, derivaría sobre todo de un “acuerdo de paz” con las FARC y sucesivamente sería “legitimada” jurídicamente por el Congreso en cuanto provendría de un “acuerdo político” general de las diversas fuerzas políticas presentes en el mismo y representativas de la entera sociedad colombiana, además de las FARC; legitimación jurídica y política que debería, para garantizar mejor una paz efectiva y duradera en el postconflicto, obtener, en mi opinión, también la “legitimación popular” a través de un *referendum*. Tal amnistía sería por tanto fruto de una verdadera “paz acordada”.

Compatibilidad con el derecho internacional de una “amnistía condicionada” como aquella que aquí se propone para el postconflicto en Colombia, comprensiva también de los crímenes de guerra y contra la humanidad

Nos debemos entonces preguntar si una tal amnistía, por su indiscutible especificidad y por las características que la distinguen, es compatible o no con el derecho internacional, en particular humanitario y de los derechos humanos además que con el penal.

Preliminarmente, y en una perspectiva de carácter general, es necesario recordar cómo, si “fin” del “derecho penal” y por ende de la “pena”, que constituye su “instrumento de actuación”, es (siguiendo la enseñanza de Ferrajoli), de un lado, la “minimización de la violencia” –cuya consecuencia, lógica, es un “derecho penal mínimo”, o sea estrictamente necesario al logro de dicho fin–, y del otro la “protección del más débil”, quien representa su “instancia ética fundamental”, fines ambos esenciales para garantizar el “máximo” de “paz social”, resulta evidente entonces que todo eso que va, aunque solo “de hecho”, contra estos fines va, lógicamente, contra la finalidad que, a través de la pena, el derecho penal quiere perseguir, en una palabra: la *máxima* “paz social”. En resumen: el derecho penal iría contra su misma lógica. Esa la razón por la cual, en ciertas circunstancias históricas, la aplicación incondicional y absoluta de la pena podría ser no solo “no necesaria”, y por tanto ilegítima en cuanto injustificada, sino además “*disfuncional*” respecto a su finalidad.

Consideraciones que, *mutatis mutandis*, no pueden dejar de valer, también, para el derecho internacional penal.

Ahora, si el derecho internacional tiene como “fin esencial” la persecución de la “paz internacional” (y de la “seguridad internacional” que constituye su indispensable, en cuanto lógico, presupuesto), de eso deriva que *cualquier “sanción” prevista por cualquier rama del derecho internacional, cuya aplicación y ejecución no garantizase en el caso concreto la paz, sería “disfuncional” respecto a este fin, yendo “contra” la misma “razón de ser” de este ordenamiento jurídico y por tanto debe considerarse “ilegítima” en cuanto “no necesaria”*. Esto vale también, lógicamente, para la “pena” como respuesta sancionatoria prevista para la comisión de crímenes internacionales; ello

en el sentido, en particular, que cada aplicación, absoluta e inderogable, de la sanción penal, especialmente carcelaria, por la comisión de crímenes internacionales, incluso cuando se considerase como “justa retribución”, sería de todas formas “ilegítima”, además de “injustificada”, siempre desde la perspectiva del derecho internacional en cuanto “no necesaria”, cuando fuese “disfuncional” respecto al fin último de la “paz internacional”, frustrándose *en el caso concreto* su logro efectivo; paz internacional que, en cuanto tal, debe lógicamente apoyarse en la “paz interna” de cada Estado, pues sin ésta no podría ser “garantizada” una verdadera paz en las relaciones interestatales, “paz interna” que, por tanto, constituye a su vez, en cuanto *estrictamente instrumental* al fin último, una finalidad también ella primaria del derecho internacional.

La obtención de la “paz internacional”, en cuanto “fundamento” y “fin último” del entero ordenamiento internacional, debe, por tanto y en todo caso, lógicamente “prevalecer” sobre cualquier otro “interés internacional”, también de naturaleza “primaria”, incluso aquel a la “justa” –según el derecho internacional penal– punición de crímenes gravísimos como los de guerra y contra la humanidad.

Esto comporta entonces, como lógica consecuencia, que “conforme” al derecho internacional en todas sus expresiones normativas, comprensivas por lo tanto incluso del derecho internacional penal, deben ser considerados *todos los “mecanismos jurídicos” indistintamente que se puedan hipotizar y utilizar siempre que sean, en la situación concreta, “funcionales” a la obtención del “fin”,* o sea, como en el caso colombiano, la reintegración de la “paz internacional” como consecuencia del restablecimiento de la “paz interna”; de ahí la “legitimidad internacional”, incluso, de una eventual amnistía, especialmente si es “condicionada”, dirigida a la búsqueda de una “paz acordada” entre *todos* los protagonistas del conflicto armado y *legitimada*, jurídica y políticamente, mediante la aprobación del Congreso y de un *referendum* popular, en vista de la reconstrucción de un tejido conectivo social lacerado por un conflicto que ha durado más de 50 años.

Otros argumentos a favor de la legitimidad internacional de una amnistía condicionada comprensiva también de los crímenes internacionales

Tal conclusión encuentra una ulterior confirmación, siempre sobre el plano normativo internacional, en una lectura coordinada y sistemática de los artículos 39 a 42 de la Carta de la ONU: si de hecho el artículo 39, no obstante la prohibición, formal, de la guerra y el principio de la paz como fin y “norma fundamental” del derecho internacional, admite el recurso al uso legítimo de la fuerza para «mantener o reestablecer la paz y la seguridad internacionales», es necesario sin embargo subrayar como, *también en el derecho internacional, el uso, así sea regulado, de la “fuerza” puede ser “legítimamente” tomado en consideración por el Consejo de Seguridad solo en vía “subordinada”, eso es, cuando todos los demás “instrumentos pacíficos”, abstractamente idóneos para «mantener o reestablecer la paz y la seguridad internacionales», no hayan tenido o no puedan tener en concreto éxito;* de ahí la ilegitimidad del recurso a la fuerza si no como *extrema ratio* de tutela internacional; y recuérdese como en el

uso, así sea “regulado”, de la “fuerza” se concretiza cualquier “sanción jurídica” de derecho no solo “interno” sino también “internacional”.

Sería entonces *absurdo* admitir, para la obtención del mismo fin –la “paz internacional” a la cual es estrictamente instrumental la “paz interna”–, la aplicación nada menos que del uso de la fuerza militar, o sea de una “sanción” (como la “legítima defensa internacional” o la “acción coercitiva internacional”) muy “invasiva” de los derechos humanos fundamentales (para cuya tutela son funcionales la paz y la seguridad internacionales), *incluso* –se subraya– *de sujetos inocentes como los civiles* envueltos en acciones militares, y, al mismo tiempo, negar la legitimidad de la “no aplicación”, o sea de la “renuncia” a la aplicación y ejecución, de una “sanción” mucho menos grave, como la pena detentiva, en el caso en el cual con dicha “renuncia a la pena” –o sea recurriendo a un instrumento mucho menos invasivo de los derechos humanos–, a favor sólo de algunos, los responsables de crímenes internacionales, y por el bien de todos los demás, se pudiese útilmente llegar al mismo fin de la paz. Razonando diversamente, estaríamos en presencia de la peor perversión del “derecho”, identificado impropriamente con la “justicia”, y por lo tanto con una trágica confusión entre derecho y moral, de la cual es expresión la máxima, antihumana además que ilógica, del *fiat iustitia pereat mundus*.

Estando así las cosas, resulta entonces ulteriormente soportada la conclusión, lógica, que, donde existan, desde el punto de vista del ordenamiento “interno” del Estado interesado en la finalización de un conflicto armado interno, “*remedios pacíficos idóneos para reestablecer la paz*” en vez del uso de la fuerza por parte de la comunidad internacional (bajo cualquier forma de “sanción de derecho internacional”, público y penal), estos instrumentos “*deben*” ser “privilegiados”; con la consecuencia que así mismo la “renuncia a la pena” a través de una amnistía, incluso para los culpables de crímenes gravísimos, *siempre que sea rígidamente funcional* al perseguimiento y obtención de la paz en cuanto *absolutamente “necesaria”* en la situación histórica concreta, debe entonces –*a fortiori*– ser “privilegiada”, *también desde el punto de vista del derecho internacional* (y por lo tanto igualmente del derecho penal internacional), respecto a un frustrado acuerdo de paz y por ende a la continuación de la guerra, así sea bajo la forma de conflicto armado interno.

Esto también sobre la base de la consideración que la paz, obtenida de cualquier manera, incluso con una amnistía, garantizaría para el futuro precisamente el respeto, o sea la “no ulterior violación”, de aquellos “derechos humanos fundamentales”, *in primis* de la población civil, precedentemente violados a través de la comisión de crímenes internacionales. Aquí, en realidad, *con la amnistía se intercambia la impunidad de pocos culpables con la protección y garantía de los derechos fundamentales de muchos inocentes*. Más bien, una amnistía condicionada sobre la base de una “paz acordada”, mirando por lo tanto no al pasado sino al futuro, podría justamente satisfacer, en concreto, bajo este perfil, aquella función resocializadora y preventiva, especial y general, propia de la pena criminal, convirtiendo ésta concretamente en “no necesaria”.

Un último argumento, también exclusivamente normativo, a favor de la “legitimidad internacional” de una amnistía condicionada con referencia a la situación colombiana, está en el hecho que, si la “paz internacional”, como “fin primario” de todo el ordenamiento internacional –y por tanto incluso de aquella su rama particular constituida por el derecho internacional “penal”–, se ha convertido también en el “contenido” de un verdadero y propio “derecho” de cada Estado al cual le corresponde, correlativamente, el “deber” de “garantizarlo” por parte de todos los organismos internacionales (incluida la ONU, en todas sus articulaciones, y –en cuanto lo que aquí nos interesa– la Corte Penal Internacional), también bajo este perfil específico se deriva la “legitimidad internacional” de una ley de amnistía que, poniendo fin a un conflicto armado interno, asegure la “pacificación nacional” al interior de un Estado, si es estrictamente necesaria a este fin, *como uno de los medios que cualquier Estado tiene a disposición para ejercer su “derecho” a la “paz internacional”, al cual le corresponde el “deber” de todos los organismos internacionales, en primer lugar de la CPI, de “no interferencia”*; esto no en nombre del viejo –pero todavía válido– principio de “soberanía” y por tanto de “no injerencia” en los asuntos internos de un Estado, sino en cuanto expresión de un preciso “deber internacional”.

Etapas jurídicas para llegar a la paz con las FARC en Colombia

Un último problema, que podría evidenciar razones no de legitimidad sino de mera “oportunidad política” frente a la posibilidad de la previsión de una amnistía, así sea “condicionada” pero “tumbal”, podría ser puesto en estos términos: ¿cómo evitar una solución de evidente “injusticia”, en cuanto irrazonablemente “discriminatoria”, entre los autores de crímenes gravísimos como los crímenes internacionales de guerra y lesa humanidad, que no vendrían punidos en virtud de la amnistía, frente a la punición inflexible y dura de los autores de delitos comunes, de todas maneras a considerar como delitos “menos graves” respecto a los primeros? Ahora, puesto que obviamente la amnistía, según lo establecido en el artículo 150, numeral 17, de la Constitución Política colombiana, no debería valer para los autores de delitos comunes, no habiendo con relación a dichos delincuentes alguna exigencia política de pacificación de la sociedad por satisfacer, una razón de “equilibrio político” podría, sin embargo, conllevar para ellos un “indulto”, también este “general” y “abstracto” (o sea por todos los delitos y para todos los autores, excluyendo tal vez sólo algunos delitos gravísimos contra la persona o bien los delitos expresivos de una particular “peligrosidad social” de sus autores), indulto –“condicionado” obviamente a la “no reincidencia”– que podría concretarse en una “disminución” de la pena a ejecutar de la mitad “seca”, quizás con la posibilidad de descontar la mitad restante, en todo o en parte, fuera de la cárcel con medidas alternativas a la pena detentiva, así sean limitativas de la libertad personal.

Los pasos lógicos, sobre el plano político, y conformes a la Constitución colombiana vigente, para llegar a un postconflicto de “paz social”, serían entonces, según una correcta sucesión temporal, en primer lugar la determinación, a través de las negociaciones directas entre Gobierno colombiano y Farc, de los contenidos del acuerdo de paz, *in primis* con referencia a la llamada “justicia transicional” y

a la factibilidad política de los mismos miembros de las Farc; justicia transicional que, siendo realistas, debería excluir la aplicación y la ejecución de cualquier pena criminal, principal y accesoria, para los miembros de las FARC, “condición política mínima” si se quiere efectivamente llegar a un acuerdo con el grupo guerrillero: de ahí la necesidad de una amnistía, aunque condicionada, que debería constituir el nuevo “marco” de la paz (sustitutivo del actual, no reconocido por las FARC en cuanto considerado “unilateral”). Tal acuerdo de paz debería ser pues “aprobado”, también con las eventuales modificaciones constitucionales necesarias (si es el caso, incluso con referencia a una amnistía en derogación de la Carta Magna), por el Congreso, único órgano legitimado políticamente, en cuanto expresión directa de la “soberanía popular”, y legítimamente constituido según la Constitución actualmente vigente en Colombia (constitucionalmente ilegítima sería viceversa la previsión de un “congresito” o de otro órgano de todas maneras no legitimado mediante elecciones regulares).

Tal acto legislativo de aprobación de los contenidos del acuerdo de paz, que, me parece, debería estar constituido por una “ley estatutaria”, tendría pues que ser también sometido a *referendum* popular para su aprobación definitiva por parte de todo el pueblo soberano. *Referendum* que, aunque no necesario desde el punto de vista constitucional, sería de todos modos políticamente indispensable y por ende inevitable para dar una legitimación política definitiva a un acto legislativo, como aquel de aprobación de los acuerdos de paz con las FARC, en grado de incidir en forma profunda sobre el futuro de la entera sociedad colombiana. Este acto legislativo de aprobación, en su contenido correspondiente a los acuerdos de paz, debería pues indicar también el modo de participación de los ex miembros de las FARC en las deliberaciones de las sucesivas leyes de actuación de dicho acto legislativo; se debe en efecto decididamente excluir, por inconstitucional, una participación, de cualquier modo, de miembros de las FARC en la –previa– deliberación de aprobación de los acuerdos por parte del Congreso; las FARC, en cuanto grupo organizado, pueden solo participar, como actores de los acuerdos, en la definición de los mismos que luego deberán ser *eventualmente* acogidos, en su soberanía, por el Congreso de la República, quien se asumiría, obvio, a estas alturas integralmente, la *responsabilidad política* de sus decisiones (de acogimiento o de rechazo a los acuerdos de paz; de acogimiento total o parcial).

Los acuerdos, aprobados por el Congreso y ratificados por el *referendum*, y por tanto jurídicamente “válidos”, adquirirían “eficacia” solo después de la completa “desmovilización” y desarme de las mismas FARC; es decir, solo desde el momento en que tal organización dejase de ser un grupo guerrillero sobre la base de los acuerdos de paz antes libremente suscritos y aceptados (acuerdos “subordinados”, evidentemente, al cumplimiento de estas “condiciones”, necesarias también para la “eficacia” de la amnistía). Sólo después, sobre la base de eventuales leyes de “implementación”, siempre aprobadas por el Congreso con fundamento en los acuerdos, se deberían en concreto así mismo determinar los modos de participación en la futura vida política del país, ya no de las FARC que en cuanto tal no existirían

más, sino solo de ex miembros de dicha organización, desmovilizados, a través, quizá, de la constitución de un verdadero partido con el cual participar en las futuras elecciones. Y en este punto se podría de igual manera, legítimamente, pensar en convocar las elecciones para la formación de una Asamblea Constituyente, en la cual deberían participar también miembros de la ex FARC, obviamente en los límites de su efectiva representatividad política evidenciada por elecciones libres y democráticas; tratándose sin embargo de elecciones particulares y extraordinarias, en cuanto finalizadas a la formación de una Asamblea Constituyente, que tendría como tarea primaria aquella de reescribir el nuevo “pacto social” fundamento de la sociedad organizada como Estado, la ley electoral correspondiente debería ser de tipo rigurosamente proporcional y nunca mayoritario.

Conclusiones

La guerra, todo tipo de guerra o conflicto armado es, por su naturaleza, una cosa horrible dadas las consecuencias de destrucción y lutos que inevitablemente comporta. Es un “hecho” que, en cuanto tal, se puede exorcizar o no, pero existe (o ha existido). No hay proyectiles buenos o malos, ni muertos buenos o malos: todos los muertos, todas las víctimas indistintamente –por el solo hecho de ser tales– han perdido la guerra: todos aquellos que están vivos deben entonces ser capaces de olvidar sí, todos juntos, quieren ganar la paz; lo que impone “voltear la página” y, por lo tanto, “olvidar” a través de una forma de “olvido” general y total que jurídicamente no puede ser representada sino por una amnistía. En una palabra, eso impone a todos indistintamente, sea a los protagonistas del conflicto, víctimas y victimarios, sea aquellos, la mayoría, que no han participado activamente en el conflicto, voltear definitivamente la página y, por consiguiente, olvidar, si quieren saber vencer, una vez más todos juntos indistintamente, el desafío de la paz.

MANIFIESTO A PROPÓSITO DE LA INSTAURACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ (JEP)

Preámbulo

Los abajo firmantes, estudiantes, profesores, y miembros vinculados a la Academia, presentamos a la opinión pública el siguiente manifiesto motivado en las profundas modificaciones que implica la instauración de la nueva Jurisdicción Especial para la Paz, frente a los postulados propios del Estado de Derecho Social y Democrático en materia de persecución penal, máxime si ella supone la presencia de un tribunal constituido *ex post facto* en contravía del principio de legalidad de los delitos y de las penas. Como es obvio, por su sensible impacto político criminal, así como por las amplias competencias judiciales que se le confieren, entendemos que con ella se instala un incomparable escenario para discutir y revisar las trascendentales modificaciones que se producen en materia de investigación y de judicialización de hechos punibles, vinculados al conflicto armado.

Así las cosas, ante el inusitado desarrollo legal del acuerdo de paz –sintetizado en diversos actos legislativos y múltiples leyes y decretos reglamentarios– se hace urgente una intensa observación ciudadana, a un escenario que conlleva una amplia revisión del sistema judicial colombiano. De esta manera, si bien reconocemos la importancia de superar algunas formas ya usuales de comprensión del derecho penal y del derecho procesal penal para el trámite de la macro criminalidad y las violaciones masivas a los derechos humanos, también advertimos la importancia de discutir –pública y abiertamente– en torno a aquellos mecanismos que asumirán las cargas judiciales de transición hacia una situación pacífica.

Por ello, pues, a propósito de la puesta en marcha de la Jurisdicción Especial para la Paz resulta trascendental una reflexión más amplia, por lo menos en relación con los siguientes aspectos:

I. Sobre las reglas de procedimiento y prueba

La expedición de las reglas de procedimiento y prueba resulta fundamental para la puesta en marcha de la Jurisdicción Especial para la Paz; ellas, buscan desarrollar un principio que es transversal al procedimiento de esta dependencia judicial: el reconocimiento de la verdad y la responsabilidad (Art. transitorio 1, inciso 5°, Acto Legislativo 01 de 2017). En este contexto, el aporte de verdad plena es un presupuesto determinante no solo para el acceso al

tratamiento especial previsto en el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (Art. transitorio 5°, inciso 8°, Acto Legislativo 01 de 2017) sino, también, para la configuración misma de la idea de justicia sobre la base de las exigencias de verdad como cargas compensatorias de las sanciones intramurales. El esclarecimiento de los hechos respectivos en el componente de justicia se fija, a su vez, en unos específicos presupuestos de índole procesal penal que rigen la metodología y los rendimientos cognitivos del proceso de cara a la construcción de la verdad.

Por ello, el referido Acto Legislativo supera el umbral de “meros informes” entregados a la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad para exigir la corroboración de los mismos a través de otras pruebas (Art. transitorio 12, incisos 3° y 4°, Acto Legislativo 01 de 2017). Con esto se establece, a su vez, una noción de jurisdiccionalidad estricta (Art. 29 de la Constitución Política) que sea determinante para que los rendimientos cognitivos a la hora de construir la verdad puedan verificarse al interior del proceso penal. De esta manera, se requiere concretar una justificación específica sobre la legitimidad de la Jurisdicción Especial para la Paz como dispositivo judicial, que busca institucionalizar aquellos axiomas orientados a la determinación de la verdad, empíricamente dominable y controlada (Art. transitorio 12, inciso 6°, Acto Legislativo 01 de 2017).

Así las cosas, dada la importancia de las Reglas de Procedimiento y Prueba para el logro de unos procedimientos respetuosos de las garantías de las víctimas y los perseguidos, la discusión pública y abierta sobre el asunto que permita las observaciones académicas y ciudadanas es imprescindible. Es que, no debe olvidarse, la legitimidad democrática de tal Jurisdicción también pasa por el tamiz de la apropiación ciudadana de la configuración de los dispositivos judiciales, orientados a asegurar la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, acerca de los hechos punibles relativos al conflicto armado.

En tales condiciones, los aquí firmantes hacemos un respetuoso llamado para que la reglamentación constitucional y legal de la jurisdicción, incluidas sus Reglas de Procedimiento y Prueba, sea producto de un debate amplio entre todos los actores involucrados. Esto es, abogamos porque ello sea producto de un estándar mínimo de participación, tal como se deriva de nuestra Constitución política que da piso al desarrollo de un modelo de comportamiento social y político, arraigado en principios como el pluralismo, la tolerancia, y la protección de los derechos y libertades.

Para ello, pues, es urgente que las propuestas confeccionadas por expertos a petición del Gobierno Nacional y que todavía no se han dado a conocer a la opinión pública, sean puestas a disposición de todos y se levante el secreto que hoy las cobija, de tal manera que ganen el necesario consenso –incluso de los elegidos magistrados de la JEP– antes de que sean puestas a consideración del Congreso de la República.

II. En torno a la participación de las víctimas

El papel de las víctimas en la Jurisdicción Especial para la Paz debe estar a la altura de los estándares internacionales que han cambiado de forma decisiva su rol en los procesos transicionales. Hoy, ellas han obtenido una legitimación procesal independiente en múltiples escenarios, lo cual genera una variedad de derechos participativos propios; así lo confirma el Estatuto que da vida al más reciente tribunal internacional, para el caso los *Kosovo Specialist Chambers*. Desde luego, la consideración de esta tendencia es importante para la Jurisdicción Especial para la Paz, porque propicia una intervención más activa de las víctimas en el procedimiento y, de esta forma, fortalece el consenso en torno al proceso mismo.

Y ello es así, porque la Jurisdicción Especial para la Paz está llamada a asegurar una más amplia gama de niveles de participación; recuérdese como, ya en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se ha reconocido –por primera vez– a las víctimas como personas y sujetos jurídicos en el procedimiento penal internacional. Esta tendencia debe ser continuada y profundizada en dicha Jurisdicción, de tal manera que las víctimas puedan incorporarse a ese debate y ello les ayude a recuperarse de las experiencias traumáticas vividas y se pueda, de esta manera, contribuir de manera significativa a la reconciliación de la sociedad.

Así las cosas, el procedimiento ante la Jurisdicción Especial para la Paz debe asegurar que las víctimas cuenten con las oportunidades necesarias para participar y ser escuchadas. No se trata del seguimiento pasivo al esclarecimiento de los hechos, sino, al contrario, de una intervención proactiva de las mismas en la determinación de la verdad y las responsabilidades. Solo así puede entenderse que los derechos y requerimientos de las víctimas sean principio rector del funcionamiento de esta Jurisdicción.

III. Sobre la selección y la priorización de los casos

En el ámbito de la Jurisdicción Especial para la Paz resulta indispensable hacer un seguimiento detallado a la incorporación de criterios de selección y priorización de casos, en atención a que se trata de graves atentados de lesa humanidad cometidos por una organización criminal como una expresión de su actuar protervo. Ante la desbordada dimensión *ratione materiae* y a la sub-especialización procesal dentro de esa jurisdicción (en caso del reconocimiento o no de la verdad), la mención a cláusulas relativas a la selección y priorización presentes en el acuerdo de paz no asumen la dimensión de pautas de compensación a la sobrecarga procesal que se avizora.

Los criterios de selección y priorización deben considerar el entramado de prioridades en materia de investigación de hechos macro criminales, constituido tanto a partir de las experiencias judiciales de la Ley de justicia y Paz como de las múltiples observaciones por parte de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Esto supone, a la vez, que la política de investigación que se constituya para dicha Jurisdicción debe abarcar las experiencias de los dispositivos judiciales que la anteceden.

Así, por ejemplo, las estrategias globales de investigación, la valoración unificada y contextualizada de procesos contra varios postulados y, como antes se anotó, la necesidad de asegurar una participación eficaz de las víctimas por medio de procedimientos ágiles. Además, no deben descuidarse los desarrollos normativos y doctrinales propios del Artículo transitorio 66 de la Constitución, acerca de criterios como el de *máximo responsable* y las *causas más graves y representativas*. Alrededor de estos últimos y, de manera complementaria, la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de la expedición de la sentencia C-579, 2013, se debe construir un perfil más serio y realista de la investigación penal en contextos transicionales.

IV. La responsabilidad por la cadena de mando

Esta construcción jurídica tiene un trascendental impacto político criminal y procesal penal. Su determinación no solo permite establecer las relaciones de mando y jerarquía al interior de un grupo armado sino, además, contribuye a la comprensión de las políticas de dirección del mismo. Este enfoque de definición de responsabilidad fija, a su vez, las pautas para la selección y priorización de casos orientados a la persecución de los máximos responsables. Al respecto, una restricción más precisa y ecuánime de los patrones de definición de máximos responsables en la Jurisdicción Especial para la Paz, resulta fundamental de cara a entablar controles a lo que podrían ser “persecuciones oportunistas” sobre la base de criterios abiertos y maleables.

Los criterios fijados por el Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017 para la determinación de responsabilidad por la cadena de mando, no deben llegar a interpretarse como pautas de exclusión de máximos responsables. En efecto, bajo los criterios de control efectivo y conocimiento suficiente que se establecen en dicho artículo, pareciera que la noción de máximo responsable se equipara a la de autor según el criterio de dominio del hecho.

Esta comprensión fija una tensión con la interpretación ya establecida por la Corte Constitucional, según la cual “el parámetro del máximo responsable es un criterio ascendente que permite incluir no solamente a quien haya tenido una intervención decisiva en el delito, sino también a otras personas en virtud de criterios como el de la responsabilidad del superior o el dominio de aparato organizado de poder” (Sentencia C-579, 2013). A esta observación se aúna el más reciente escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional (18 de octubre) sobre la Jurisdicción Especial para la Paz quien, en sus cuestionamientos al Artículo transitorio 24, enfatiza en torno a la necesidad de considerar la realidad de los poderes del superior frente a sus subordinados, más allá de sus competencias *de iure*.

En la definición de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la delimitación del criterio de máximo responsable debe ser coherente con la tradición jurisprudencial y los estándares del derecho penal internacional al respecto, aunque sin desconocer los alcances del derecho nacional sobre la materia que extienden el instituto a

todos los combatientes; por eso, extraña la asimetría plasmada en el Acto Legislativo que no incluye ese instituto para los grupos criminales organizados alzados en armas.

V. Las amnistías y los indultos

Con base en la Ley 1820 de 2016 se ha determinado un modo de ver y proceder en la concesión de amnistías que restringe su necesario alcance frente a las pretensiones más generales a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. El procedimiento que se ha instalado para otorgar dichos beneficios pareciera minimizar los compromisos del Sistema Integral de Justicia Transicional para priorizar, sobre todo en clave judicial, la entrega de amnistías e indultos. Esta lógica judicial-penal para la concesión de libertades minimiza el real sentido que tienen las mismas en un escenario de justicia transicional.

Si bien, el encerramiento anticipado de combatientes no representa una garantía para el cumplimiento de los compromisos que se asumen frente al Sistema Integral, sino, al contrario, extraería una gran parte de la órbita de acción de la Jurisdicción Especial para la Paz frente a las apuestas generales por la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, no por ello debe dejar de discutirse sobre las ligeras maneras como se han otorgado las amnistías, los indultos, y las libertades transitoria, condicionada y anticipada. Es urgente, entonces, superar las lecturas judiciales del otorgamiento de amnistías, indultos o tratamientos penales diferenciados, para promover una articulación urgente de las libertades como concesiones integradas e integrales frente a los otros mecanismos propios de este Sistema.

Así mismo, se debe destacar la necesidad de brindar espacios adecuados de participación a las víctimas en los procesos legislativos, administrativos o judiciales, en los cuales se decida sobre la concesión de amnistías o el otorgamiento de indultos, para salvaguardar los derechos y garantías constitucionales y convencionales de estas últimas; de igual forma, no debe olvidarse que la Sala de Amnistías e Indultos de dicha Jurisdicción debe promoverse como el principal foro para la discusión en torno al otorgamiento de estas figuras.

VI. La reincorporación de los combatientes

El cese de hostilidades que suponen los procesos de desmovilización, desarme y reinserción, resulta disfuncional frente a las continuas prácticas de violencia que se desarrollan en algunas regiones de Colombia. Los procesos de pacificación y superación del conflicto armado no podrán llegar a determinar la neutralización de las prácticas violentas sino se confrontan las múltiples fuentes y/o intereses de producción y reproducción de la violencia.

En esa medida, la persistencia en el conflicto, la presencia del fenómeno del narcotráfico, de diversas manifestaciones de economías ilegales y diferentes controles locales de procesos políticos y sociales realizados por agentes sustentados en la presencia armada, no pueden continuar siendo objeto de menosprecio o negación en la agenda pública.

La seriedad y buen suceso de cualquier proceso de paz debe estar sustentada en el aseguramiento de las condiciones materiales para su realización, pero en especial de los procesos de reincorporación de los combatientes. Ello ha sido muy descuidado en el marco de los procesos de desmovilización y desarme. Tanto en las experiencias pasadas como en las recientes, ha sido una constante que el desmovilizado termine enfrentándose a múltiples dificultades después de su desarme.

En especial, las deficientes asistencias otorgadas a estos han llevado a que el desmovilizado retorne al escenario del conflicto. Por lo tanto, los programas de reincorporación deben estar a la altura de tantas necesidades que albergan los sometidos a la ley y su funcionamiento debe darse en las condiciones que mejor promuevan la rehabilitación y la reincorporación. Como lo advirtió el subsecretario general de la ONU para los Derechos Humanos, cuando la reintegración no ocurre, la paz en sí misma no es sostenible.

En fin, no se puede olvidar que, si bien en los pactos de La Habana se aseguró la supervivencia de un grupo desarmado, ahora, como organización dispuesta a la competencia política y democrática, esto ha llevado a que la transformación de esa organización se enfoque en el desarme, más que en la desmovilización en sentido estricto de sus estructuras y su respectiva reincorporación a la vida civil, tal como se verifica en la práctica y lo ratifican las declaraciones de sus propios mandos.

VII. Las alternativas al derecho penal

La definición sobre el sí, cuándo, y cómo juzgar los hechos punibles vinculados al conflicto armado debe ponderarse con el propósito de lograr su superación. En ese sentido, la Jurisdicción Especial para la Paz no debe tornarse ni en una instancia de revisión del poder judicial colombiano ni en un escenario donde el procedimiento penal asuma un rol protagonista, que termine por extraer y minimizar la maniobrabilidad y las posibilidades adaptativas de otras condiciones para la resolución del conflicto armado.

De igual manera, ante la notoria inconstitucionalidad de las políticas y prácticas carcelarias en Colombia, la justicia transicional y su concreción por medio de dicha jurisdicción, deben estimular las discusiones sobre las posibilidades de brindar alternativas a la pena privativa de libertad para los condenados. Sin duda, el sistema de penas existente es caduco, anticuado e injusto, máxime si solo se piensa en la pena privativa de la libertad como única forma de reacción penal por parte del Estado.

Ello debe ser un rendimiento de la justicia transicional frente a todo el sistema penal sin descuidar, por supuesto, la trascendencia del debido proceso penal para el logro de la superación del castigo ordinario, la promoción de alternativas a la pena de prisión, y la inconstitucionalidad de su ejecución. En fin, el aseguramiento de unas debidas claves procesales debe anteceder y asegurar aquella apuesta por la alternatividad, sin olvidar, claro está, un efectivo ejercicio de reproche procesal-penal para los máximos responsables.

En ese sentido, en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz, resulta fundamental un permanente seguimiento y discusión tanto a los criterios con base en los cuales se definen la procedencia del otorgamiento de las amnistías e indultos como a las formas de verificación de los presupuestos de concesión de las mismas. Asimismo, se debe proceder en relación con los problemas de interpretación que se derivan de las diferentes cláusulas relativas a la conexidad con el delito político, los medios de reconocimiento de la verdad y la responsabilidad, entre otros aspectos relevantes.

VIII. La discusión pública

La racionalidad del debate abierto sobre los desenlaces del conflicto armado constituye una condición inaplazable para la restauración de una situación pacífica; y ella debe comprenderse y, por lo menos, realizarse en el sentido más simple de su expresión: el respeto en la comunicación y trato entre quienes tienen diferencias de opinión. Cualquier aspiración para superar las veleidades de la guerra podrá frustrarse si el debate público y abierto a todos no logra rescatar los principios básicos de comunicación entre opuestos.

Esto representa, a su vez, un mandato para los formadores de la opinión pública en el marco de un Estado que aspira a ser democrático y constitucionalmente orientado por el respeto de la dignidad humana. Es urgente, entonces, que la discusión pública sobre lo que es y será el desarrollo del conflicto armado supere el desgastante estado de polarización actual, que divide a la sociedad y restringe el diálogo civilizado a simples disyuntivas como “guerra-paz”, “castigo-impunidad”, “buenos y malos”. Cualquier aspiración para superar las veleidades de la guerra se verá frustrada si no se logra afianzar un diálogo público despojado del maltrato y los insultos.

Respetuosamente,

CAROLINA ROSAS DÍAZ (Universidad Sergio Arboleda).

GERMÁN QUINTERO ANDRADE (Universidad Sergio Arboleda).

LUIS JAVIER MORENO ORTÍZ (Universidad Sergio Arboleda).

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (Universidad Sergio Arboleda).

CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ (Universidad Sergio Arboleda).

JUAN DAVID JARAMILLO RESTREPO (Universidad Sergio Arboleda).

JOHN E. ZULUAGA TABORDA (Universidad Sergio Arboleda).

(siguen más de 50 firmas...).

Bogotá, primero de noviembre de 2017.

IV

Jurisprudencia

PORTE DE ESTUPEFACIENTES, DOSIS PERSONAL Y LA INTENCIÓN DE TRAFICAR COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA CONDUCTA

*Christian Wolffhügel Gutiérrez**

Cuando a una persona adicta se le incauta una sustancia prohibida que crea dependencia en una cantidad levemente superior a la permitida como dosis para el consumo personal, debe entenderse que la misma la posee para su aprovisionamiento, salvo que ella obre con el elemento subjetivo del tipo distinto al dolo que, implícitamente, contiene la descripción comportamental vertida en el artículo 376 del Código Penal, esto es, el ánimo o propósito de traficar. Así las cosas, la realización del tipo penal no depende –en últimas– de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita; en estos casos, el agente debe ser absuelto si en su contra se ha proferido sentencia condenatoria.

Aportes de la sentencia

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP9916-2017

Radicación n° 44997

Aprobado acta n° 219

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil diecisiete (2017)

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por la defensora de J. P. R. M. en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 10 de septiembre de 2014, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello (Antioquia), el 30 de julio de 2014, condenando al mencionado procesado como autor del delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*.

* Doctor de la Universidad italiana *Roma Tre*, catedrático de Derecho penal y miembro del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas” de la Universidad Sergio Arboleda.

HECHOS

De acuerdo a los hechos declarados como demostrados en la sentencia recurrida, el 30 de mayo de 2013, a eso de las 3:05 de la tarde, patrulleros de la Policía Nacional recibieron información en el sentido de que en la calle 46A con carrera 58C del barrio Santa Ana del municipio de Bello (Antioquia) dos hombres se dedicaban a la venta de estupefacientes.

Al llegar al lugar indicado, los uniformados observaron dos hombres con las características que habían sido referenciadas, uno de los cuales, identificado como B. Q. R., dejó caer dos bolsas que contenían una sustancia vegetal que resultó ser marihuana, con un peso neto de 8,8 gramos. Así mismo, hallaron en la manga izquierda de su chaqueta tres hojas de papel con manuscritos y, en sus bolsillos, billetes de diferentes denominaciones en suma de \$53.000.

La otra persona, de nombre J. P. R. M., fue sometido a requisa, encontrándose en la pretina de su pantalón un cigarrillo de marihuana en peso neto de 1,3 gramos y seis bolsas plásticas con una sustancia pulverulenta correspondiente a cocaína en peso neto de 5,5 gramos. Además, se le halló la suma de \$83.000 en billetes de diferentes denominaciones.

[...] CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Toda vez que la demanda presentada se declaró ajustada conforme con los parámetros del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, no obstante las deficiencias de fundamentación que claramente se pueden advertir, la Corte analizará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, la reparación de los agravios inferidos a las partes y la unificación de la jurisprudencia, según lo establecido en el artículo 180 *ibídem*.

1. Planteamiento del problema y fundamentos de la decisión recurrida:

A través de la invocación, de una parte, de la violación directa de la ley sustancial por errónea interpretación del artículo 376 del Código Penal y, de otra, de la violación indirecta consistente en un error de hecho por falso raciocinio, la demandante propone casar la sentencia.

En primer lugar, plantea que la conducta desplegada por el acusado R. M. no resulta lesiva para el bien jurídico de la Salud Pública, toda vez que le fue incautada una sustancia estupefaciente en cantidad levemente superior a la permitida como dosis para el consumo personal, la misma que portaba para su aprovisionamiento y exclusivo uso.

En segundo lugar, aduce que el Tribunal asumió la probable actividad de venta y distribución del estupefaciente por parte del acusado, de circunstancias que carecen de la suficiencia probatoria, pues finalmente invirtió la carga de la prueba al presumir de dudosos hechos indicadores una conducta que no se realizó.

En este orden de ideas, se recordará que el Tribunal Superior de Medellín confirmó el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, al concluir que se estructuró la conducta punible de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*.

Razonó el Tribunal que habiendo sido sorprendido el procesado llevando consigo estupefaciente en cantidad que en mucho sobrepasa los topes previstos para el consumo personal por el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, no se demostró que tuviera

como propósito su ingesta personal, no obstante que fue acreditada su adicción a esa clase de sustancias.

Precisa el *ad quem* que, en consecuencia, no fue desvirtuada la presunción de antijuridicidad que existe cuando, como en el presente caso, se desbordan los límites legales de dosis personal y, por el contrario, existen elementos de juicio que hacen inferir la «muy probable actividad de distribución o venta».

Alude el Tribunal como hechos de los que infiere esa conclusión: el acusado y su acompañante fueron capturados tras el señalamiento de dos ciudadanos sobre el posible expendio de alucinógenos; fueron encontrados en el mismo lugar que la ciudadanía había indicado; en poder de los capturados se encontró cocaína repartida en bolsas plásticas, además un cigarrillo de marihuana; se les halló un «listado que parecía de contabilidad»; y, estaban en poder de varios billetes de diferentes denominaciones.

2. Anotaciones sobre el tipo de injusto del artículo 376 del Código Penal:

En su permanente revisión sobre el tema alusivo a la adecuación jurídica de las conductas alternativas relacionadas en el tipo penal de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* (artículo 376 del Código Penal), la Sala ha venido fijando una posición que conduce a la necesidad de diferenciar si la persona tiene la condición de mero consumidor de sustancias alucinógenas prohibidas o si el comportamiento objeto de juzgamiento está relacionada con su tráfico, pues solamente en este último evento es tolerable una respuesta punitiva por parte del Estado¹.

Lo anterior como consecuencia de la evolución legislativa y jurisprudencial que en materia del tratamiento despenalizador se ha venido ofreciendo en relación con las personas que destinan las sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas al único propósito de su consumo personal, llegándose a consolidar la tesis de considerar al consumidor como sujeto de protección constitucional reforzada, merecedor por lo tanto de una discriminación positiva, la que riñe con el contenido de injusto de una conducta punible².

En realidad, la simple constatación de la interpretación constitucional que se ha surtido en torno al concepto de dosis para uso personal de sustancias estupefacientes, permite advertir el cambio de paradigma en relación con el objeto de prohibición penal.

Así, la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994 determinó que la penalización de conductas dirigidas al consumo de la definida legalmente como dosis para el consumo personal *–llevar consigo, conservar para su propio uso o consumir–*, resultaba lesiva para la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual declaró inexecutable el artículo 51 de la Ley 30 de 1986.

En esta misma línea, en la sentencia C-689 de 2002 la Corte Constitucional declaró ajustado a la Carta Política el contenido del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de la necesaria distinción entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en cantidad considerada como dosis destinada al uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro, resultando incuestionable la penalización

¹ CSJ SP-15519-2014, 12 nov. 2014, rad. 42617; CSJ SP-2940-2016, 9 mar. de 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725.

² CSJ SP-15519-2014, 12 nov. 2014, rad. 42617.

de esta última como criterio político-criminal implícito en la tipificación de las conductas punibles que le son afines.

Así mismo, de cara al Acto Legislativo 02 de 2009, la Corte Constitucional en las sentencias C-574 y C-882 de 2011, precisó por vía interpretativa el alcance y contenido deóntico completo de la reforma constitucional en el sentido que la prohibición del porte y consumo de estupefacientes establecida, en modo alguno conlleva a su penalización, destinando para ello, como consecuencia jurídica, la imposición de medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, siempre bajo el consentimiento informado del adicto.

Finalmente, en la sentencia C-491 de 2012 la Corte Constitucional declaró ajustado al texto superior la Ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 376 del Código Penal, razonando de paso que la supresión de la expresión “*salvo los dispuesto sobre dosis para uso personal*” del tipo penal de “*tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*”, tal como fue descrito por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, no puede interpretarse como una nueva penalización del porte y consumo de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas, en cantidad considerada como “*dosis personal*” al tenor del artículo 2° literal j) de la Ley 30 de 1986³.

Ahora bien, problemático ha resultado siempre en materia jurisprudencial la determinación del ámbito de lo prohibido en la regulación de la norma del artículo 376 del Código Penal, lo que ha girado alrededor del concepto de dosis permitida para el consumo personal y del principio de lesividad como factor de protección del bien jurídico de la salud pública tutelado por el legislador.

Precisamente, sintetizando la posición sostenida de manera pacífica con posterioridad a la sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional, la Sala, en función interpretativa del contenido del Acto Legislativo 02 de 2009, acotó:

[a] pesar de la reforma constitucional a través del Acto Legislativo 02 de 2009 y de la modificación del artículo 376 del Código Penal mediante el artículo 11 de la Ley de Seguridad Ciudadana, es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes, esto último de acuerdo con el desarrollo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema.

*Lo anterior, en razón al respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, y a la ausencia de lesividad de conductas de porte de estupefacientes encaminadas al consumo del adicto dentro de los límites de la dosis personal, pues éstas no trascienden a la afectación, siquiera abstracta, del bien jurídico de la salud pública, el cual es el que principalmente protege el tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal.*⁴

De esa manera, el sentido de la prohibición se mantuvo con fundamento en el concepto de dosis personal, desarrollado en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, precisándose, sin embargo, que cuando la sustancia estupefaciente, atendiendo

³ La postura legal y hermenéutica que de esa manera propende por la no penalización de los comportamientos relacionados con el consumo de estupefacientes, se encuentra en consonancia con la normatividad internacional sobre la materia: Convención Única sobre Estupefacientes (ONU 1961), enmendada por el Protocolo de 1972 –artículos 36 y 38–, así como en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (ONU 1971) –artículos 20 y 22–.

⁴ CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 35978.

a cantidades insignificantes, no desproporcionadas, o ligeramente superiores a la dosis personal, está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problema de narco dependencia, no concurre el presupuesto de la antijuridicidad material (principio de lesividad, artículo 11 del Código Penal), en tanto se trata de conductas que no son idóneas para afectar el bien jurídico de la salud pública⁵.

Ligado a lo anterior, hasta entonces se mantuvo la recurrente idea consistente en que el porte de estupefacientes, en tanto delito de peligro abstracto, en cantidad superior a los límites de lo establecido como dosis para el uso personal alberga una presunción de antijuridicidad: *iuris tantum*, presunción legal que admite prueba en contrario, cuando se trata de cantidades ligeramente superiores a las previstas como dosis para uso personal; y, *iuris et de iure*, presunción de derecho que no permite su controversia, cuando se supera el tope de lo razonable en relación con los límites de la dosis personal establecidos en la ley⁶.

Sin embargo, precisando aquel concepto, la Sala definió con base en su propia jurisprudencia⁷, que no obstante la legitimidad del legislador para configurar delitos de peligro abstracto, estos no pueden contener una presunción *iuris et de iure* y en todos los casos admite prueba en contrario en el proceso valorativo sobre su lesividad, llevado a cabo por el juez frente a la conducta concreta:

*[e]l porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter iuris tantum, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socioeconómico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.*⁸

Con ello quedaba resuelto el problema relacionado con el peso de la sustancia que era objeto de porte, pues la cantidad deja de ser un factor determinante a efectos de establecer la lesividad de la conducta, precisándose la posibilidad de desvirtuarse en el juicio concreto de responsabilidad el carácter antijurídico presunto de las acciones de llevar consigo sustancias estupefacientes que desbordan los límites previstos legalmente para la dosis de uso personal.

El tema fue retomado, finalmente, en las sentencias CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725, en las que se acentuó la vigencia del concepto de dosis mínima para el uso personal, previsto en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, bajo el entendido que la proposición jurídica

⁵ En este sentido, CSJ SP, 8 ago. 2005, rad. 18609; CSJ SP, 8 oct. 2008, rad. 28195; CSJ SP, 18 nov. 2008, rad. 29183; CSJ SP, 8 jul. 2009, rad. 31531; CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 35978; CSJ SP, 18 abr. 2012, rad. 38516; CSJ SP, 3 sep. 2014, rad. 33409.

⁶ CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 35978.

⁷ «[f]rente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es *iuris tantum*, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela.»: CSJ SP, 15 sep. 2004, rad. 21064.

⁸ CSJ SP-15519-2014, 12 nov. 2014, rad. 42617. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012.

debe integrarse con el Acto Legislativo 02 de 2009 y las sentencias que se han adoptado en este sentido, bajo la comprensión que el consumidor o adicto puede portar una cantidad diferente a la legalmente establecida, siempre y cuando lo haga con la finalidad de su uso personal y aprovisionamiento, acorde con sus necesidades de consumo.

Así se sostuvo por parte de esta Corporación:

[L]a dosis personal que genera atipicidad de la conducta por la circunstancia de cantidad no es solamente la que determina el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, como hasta ahora se ha venido entendiendo por la jurisprudencia, sino también la que se demuestre en el proceso en un monto superior a esa regulación pero siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto que está siendo procesado dada su situación personal en el caso concreto, pues la presunción establecida por el legislador acerca de lo que se debe entender por dosis personal es legal y admite demostración en contrario.

Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.⁹

Pero, además, resulta de la mayor importancia la consideración hecha por la Sala en el sentido que el tipo penal del artículo 376 del Código Penal, cuando la conducta se relaciona con el porte de estupefacientes, contiene un ingrediente subjetivo tácito, atinente al propósito del sujeto agente, por lo que la realización del tipo penal no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita:

[p]ara la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo...¹⁰

Llegados a este punto, debe destacarse que la evolución del tema relacionado con el porte de estupefacientes –alusivo al verbo rector *llevar consigo*–, ha consolidado las siguientes tesis:

a) Tratándose de delitos de peligro abstracto –el previsto en el artículo 376 del Código Penal, lo es–, si bien en el momento de creación legislativa se deja implícita una presunción de peligro, esta es legal y no de derecho, por lo que el juez debe llevar a cabo un juicio de antijuridicidad a fin de determinar si se creó un riesgo efectivo, verificable empíricamente, para el bien jurídico protegido.

b) En todos los casos, el consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida

⁹ CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760.

¹⁰ CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760.

que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador.

c) Se reconoce la existencia de un elemento subjetivo implícito en el tipo penal, relacionado con la constatación de la intención del portador de la sustancia estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si lo es la distribución o tráfico.

Ahora bien, la Sala estima necesario subrayar que la consideración atinente a que es una presunción de antijuridicidad *iuris tantum*, susceptible de desvirtuar, la que opera sobre la puesta en riesgo de los bienes jurídicos en el delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, no se traduce en la inversión de la carga de la prueba, la misma que en materia de responsabilidad penal estará siempre en cabeza del Estado.

Lo anterior, por cuanto las presunciones constituyen reglas probatorias y no reglas sobre la carga de la prueba¹¹. Por eso, en ningún evento, la carga de la prueba de su inocencia le corresponde al procesado, ella se presume.

En efecto, los incisos segundo y tercero del artículo 7° de la Ley 906 de 2004, en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, con claridad precisan que «corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal», y que «En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria».

Esto significa que la carga de probar tiene que ser asumida por el órgano de persecución penal, pues el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, siendo función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y que es penalmente responsable. Así lo ratifican la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14-2) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículo 8-2).

En consecuencia, es a la Fiscalía a quien compete la demostración de cada uno de los elementos del tipo penal, entre ellos, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes relacionados con la distribución o tráfico de los mismos y, con ello, la afectación o la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos. Obviamente, también corresponde al órgano de persecución penal, en virtud del principio de objetividad (artículo 115 de la Ley 906 de 2004), establecer situaciones relacionadas con la ausencia de responsabilidad, a efectos de no incoar la pretensión punitiva.

De otro lado, en relación con la acción de *llevar consigo*, verbo rector alternativo del tipo penal que recoge el artículo 376 del Código Penal, la Corte debe señalar que aunque eventualmente la cantidad de droga que se porte permitiría inferir conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, no es ese un elemento que pueda adscribirse a la tipicidad de la conducta.

En este sentido, se torna insuficiente apelar al criterio cuantitativo de dosis para uso personal, previsto en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, como factor determinante para la configuración del injusto típico, puesto que en los eventos en que la cantidad llevada consigo no supera aquellos toques previstos por el legislador, la conducta deja de ser relevante para el derecho penal. Mientras, importa subrayarlo, cuando la acción está relacionada con el *tráfico*, es claro que el comportamiento se estima lesivo del bien jurídico, sin reparar en que la sustancia desborde o no aquellos rangos regulados en la ley.

¹¹ ALEJANDRO KISS, *El delito de peligro abstracto*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2011, p. 96

De la misma manera, cuando la cantidad de estupefaciente supera la prevista como dosis para el uso personal, es necesario recurrir a otros factores que puedan determinar el juicio de lesividad de la conducta, de modo que la ilicitud se establezca con fundamento en criterios normativos referidos a la relevancia jurídico penal del comportamiento y a la efectiva afectación del bien jurídico protegido, en todo caso distintos al arbitrario y vago concepto legal de dosis personal.

Valga decir, en el contexto de la nocividad específica de la sustancia de crear dependencia, que es el concreto cometido de protección a través del bien jurídico de la salud pública, el criterio atinente a los límites cuantitativos impuestos por el legislador al determinar la dosis para el uso personal, con frecuencia riñe con las condiciones personales del individuo, caso en el cual entran en juego otros elementos atinentes, por ejemplo, al grado de dependencia, su tolerancia y necesidad, su condición de consumidor adicto, recreativo o primerizo y la posibilidad de abastecimiento en cantidades superiores o de dosis compartidas, lo que escapa a cualquier previsión legislativa.

Esa misma ambigüedad se ha trasladado en la práctica al juicio de antijuridicidad realizado por jueces y tribunales del país, cuando bajo su arbitrio han recurrido a modificar los topes pretextando la aplicación del principio de insignificancia, introduciendo el discutible criterio de lo *ligera o levemente superior* a la dosis personal, para concluir en la falta de lesividad de la conducta realizada o, por el contrario, para entender el riesgo real para los bienes jurídicos cuando se supera lo leve o ligero.

Dicha solución, a más de contribuir a la inseguridad jurídica, en tanto dispensa desiguales juicios valorativos frente a situaciones fácticas semejantes dependiendo del capricho del juzgador, conduce a perder de vista que tratándose de bienes jurídicos supraindividuales los protegidos en este caso por el legislador, su afectación no depende de una cantidad concreta de sustancia psicoactiva, cuando el riesgo no trasciende la esfera privada del portador y, por lo tanto, no interfiere en derechos ajenos susceptibles de protección penal.

En realidad, no es ese un criterio que pueda resolver de manera satisfactoria el problema de la lesividad de la conducta, puesto que el principio de insignificancia presupone un auténtico juicio de adecuación típica y una afectación real del bien jurídico –aunque de manera nimia-. En tales casos la conducta del agente carece de relevancia para el derecho penal, aun cuando, *prima facie*, reúna los elementos contenidos en la figura prevista en el Código Penal.

Por lo tanto, aun cuando se reputa como categoría vigente el concepto de dosis personal¹², aparte de su función reductiva (será impune portar cantidades que no superen ese rango, a excepción de los casos asociados al tráfico o distribución), no es un criterio suficiente para determinar la prohibición inserta en el tipo penal, cuando se admite que independientemente de la cantidad de sustancia estupefaciente que un individuo lleve consigo, lo que en realidad permite establecer la conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir con el psicotrópico. Por lo mismo, se hace inocuo la apelación a criterios caprichosos empleados en la praxis judicial como el de cantidad ligera o levemente superior a esa dosis personal.

En este sentido, cobra importancia la orientación que frente al delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* ha dado la Sala en las sentencias CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725; en el

¹² Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012.

sentido de considerar el ánimo –de consumo propio o de distribución– del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su responsabilidad penal o de estimar realizado el tipo de prohibición.

Con ello, la Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como *elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto*¹³, que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.

Como se sabe, en algunas ocasiones es el mismo legislador el que incluye elementos subjetivos en el tipo penal (p. ej. artículo 239 del Código Penal). En otras, sin embargo, es la jurisprudencia la que recurre a elementos especiales de ánimo cuando no se han previsto expresamente en el tipo penal, haciéndose necesarios para identificar con claridad la carga de intencionalidad y, con ello, el sentido de la conducta.

En todo caso, la función de esos ingredientes subjetivos, distintos al dolo, es la de definir el riesgo jurídicamente relevante, esto es, sirven para confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva.

De esa manera, en relación con el delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector *llevar consigo* remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o *telos* de la norma.

Ahora bien, ese ánimo ulterior asociado con el destino de las sustancias que se llevan consigo, distinto al consumo personal, puede ser demostrado a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal. Por eso, si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina la tipicidad de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empackado o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador.

Por último, importa reiterar que la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible.

3. El caso concreto

Para solucionar el presente asunto, debe decirse, en primer lugar, que el Tribunal declaró probado que el procesado J. P. R. M., para el momento de los hechos, era una persona adicta

¹³ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 517; GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 171; EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 135.

a los estupefacientes, concretamente a la cocaína y a la marihuana, sustancias que consumía desde los 13 o 14 años de edad. Así mismo, se dio por demostrado que en poder del acusado se hallaron los siguientes elementos: seis bolsas plásticas con una sustancia pulverulenta correspondiente a cocaína en peso neto de 5,5 gramos; un cigarrillo de marihuana en peso neto de 1,3 gramos; y, 22 billetes de diferentes denominaciones, que sumaban \$83.000.

Concluyó el juez colegiado, que la defensa del acusado no logró demostrar que las sustancias incautadas tuvieran como propósito el consumo personal del procesado y, además, que podía inferirse su fin de comercio de los siguientes hechos: i) el acusado y su acompañante fueron señalados por miembros de la comunidad, cuando desplegaron la actividad de venta de estupefacientes; ii) al presentarse al sitio señalado, aún permanecían allí los dos hombres sin hacer nada, cuando lo normal es que después de realizarse una ilícita transacción de esta naturaleza, los compradores abandonen de inmediato el lugar a efecto de no ser sorprendidos; iii) la cocaína hallada se encontraba distribuida en varias bolsas plásticas y la marihuana armada en un cigarrillo; y, iv) en poder del procesado se encontró «un listado que parecía de contabilidad y billetes de diferentes denominaciones».

Los errores en la decisión recurrida, son evidentes.

En primer lugar, advierte la Sala que el Tribunal en franca contradicción con los incisos segundo y tercero del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, y del artículo 29 de la Constitución Política, trasladó el imperativo de demostrar la ausencia de su responsabilidad penal al acusado R. M., asumiendo la equivocada postura de invertir la carga de la prueba como consecuencia de la presunción de antijuridicidad presunta en el delito de *llevar consigo* estupefacientes. Y llevando el asunto a ese terreno, de nada sirvió al procesado demostrar, como lo admitió el mismo *ad quem*, que era un adicto a las dos clases de sustancias psicoactivas que le fueron encontradas y que por lo tanto era un habitual consumidor de ellas, porque igual el juzgador halló demostrado el compromiso de su responsabilidad penal.

Es verdad, que la condición de adicto a unas sustancias estupefacientes o psicotrópicas no es prueba concluyente de su consumo en un evento determinado, como no lo es tampoco de la imposibilidad de traficar con ellas. Valga decir, que así como quien no es adicto, puede ser un consumidor ocasional o primerizo; quien padece su adicción, así mismo puede realizar actos de narcotráfico o distribución ilegal. No obstante, la probada condición de su adicción, sí es un dato nada despreciable a la hora de valorar la prueba en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, con el fin de establecer si se trataba de un porte de sustancias para la exclusiva ingesta del portador.

El Tribunal dedujo que el procesado R. M. realizó la conducta prohibida inserta en el artículo 376 del Código Penal, por el hecho de portar una cantidad de cocaína que superaba la dosis para uso personal, de acuerdo al literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, pero además porque se acreditó una serie de hechos que, en su sentir, hacen inferir el conocimiento más allá de toda duda razonable sobre su responsabilidad penal, en tanto, concluyó, la finalidad de ese porte no era otro que el tráfico.

Como quedó atrás definido, la Sala entiende que el concepto de dosis para uso personal, en casos como este, resulta insuficiente para la determinación del ámbito de lo prohibido, inserta en el tipo penal, cuando en realidad lo verdaderamente trascendental en función del verbo rector *llevar consigo*, es la comprobación de un propósito ulterior que debe estar relacionado con el tráfico o la distribución de las sustancias, pues no de otra manera se

entendería materializado el riesgo o peligro abstracto para los bienes jurídicos. Encuentra la Sala que en la valoración de aquellos hechos, el Tribunal incurrió en falsos raciocinios, transgrediendo los principios de la sana crítica, lo que finalmente condujo al desacierto de su decisión. Veamos:

Señalamiento de la comunidad sobre el posible expendio de estupefacientes:

Aduce el Tribunal, con base en el testimonio del agente de policía, PT. Y.A. C. C.¹⁴, que es indicativo de que el procesado y su acompañante se dedicaban a la venta de estupefacientes, porque así lo informaron ciudadanos que noticiaron a la autoridad pública. Importa señalar que el agente de policía en ningún momento identificó a aquellos miembros de la comunidad que, según se manifestó, informaron que el procesado y su acompañante se dedicaban al expendio de estupefacientes. Se trató, por lo tanto, de una fuente de información que tiene la condición de anónima y, por lo tanto, no puede ser empleada como medio de prueba, por prohibición del artículo 430 de la Ley 906 de 2004, pudiéndose utilizar únicamente como criterio orientador por la fiscalía para sus labores de averiguación, según la interpretación que sobre la materia ha dado esta Corporación¹⁵.

De manera que de las manifestaciones hechas por la ciudadanía no era factible derivar que el acusado R. M. se dedicara al expendio de estupefacientes, más aún cuando el mismo policial declaró en el juicio que no observó al acusado, ni a su acompañante, en faenas de venta de las sustancias.

Al presentarse al sitio señalado, aún permanecían allí los dos hombres sin hacer nada:

Mucho menos puede deducirse esa circunstancia relativa a que el acusado y su compañero se dedicaban al expendio de sustancias prohibidas, con fundamento en que cuando los policías llegaron al lugar señalado por la ciudadanía, aun se encontraban los dos hombres allí, con lo que el *ad quem* estructura una supuesta regla de la experiencia, consistente en que lo que suele ocurrir cuando se trata de consumidores en trance de adquirir la droga estupefaciente, es que abandonan de inmediato el lugar para no ser sorprendidos.

Según lo tiene decantado la Sala, las máximas de la experiencia son enunciados generales y abstractos, que dan cuenta de la manera como casi siempre ocurren ciertos fenómenos, a partir de su observación cotidiana¹⁶, de manera que el nivel de generalidad (o mayor cobertura del enunciado general y abstracto) incide en la solidez del argumento, para lograr aseverar que «*siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B*»¹⁷. En este caso, no tiene ningún nivel de generalidad o de cotidianidad la regla expresada por el juez colegiado, referida a que quien adquiere sustancias estupefacientes para su consumo, suele abandonar de inmediato el lugar de la compra.

Ese no es un fenómeno verificable como cierto y, en todo caso, el razonamiento del juzgador deviene falso por oponerse al ordinario acontecer de la vida en sociedad. En la realidad esta clase de acontecimientos se presentan de forma diferente o irregular, entre otras razones, porque si se es consumidor no tiene por qué huir al no estar cometiendo

¹⁴ Registro de audio, min. 00:15:27.

¹⁵ CSJ AP-3479, 25 jun. 2014, rad. 43865; CSJ, SP-5798, 4 may. 2016, rad. 41667; CSJ SP-7570, 8 jun. 2016, rad. 40961.

¹⁶ CSJ AP, 29 ene. 2014, rad. 42086.

¹⁷ CSJ SP-1467, 12 oct. 2016, rad. 37175

ningún delito y porque no parece infrecuente que en el mismo lugar de adquisición los compradores se dediquen al consumo de las sustancias.

De modo que la formulación de esa proposición con estructura de regla no es apta para ser aplicada con pretensión de universalidad, por lo que de ella no puede inferirse, como lo hace el Tribunal, que el procesado se dedicaba a la acción de vender estupefacientes.

La cocaína hallada se encontraba distribuida en varias bolsas plásticas y la marihuana armada en un cigarrillo:

La misma deficiencia argumentativa se ofrece en el fallo recurrido, cuando para arribar a la misma conclusión relativa a que la finalidad del porte de los estupefacientes por parte del procesado R. M., respondía a su interés en comercializarlos, arguye que en su poder se encontró la cocaína en porciones distribuidas en varias bolsas plásticas, además de un cigarrillo armado de marihuana, un listado que parecía de contabilidad y billetes de diferentes denominaciones.

La fragilidad de estas proposiciones impide hacer el menor juicio sobre su idoneidad para construir a partir de ellas una regla con estructura general, abstracta y con pretensión de universalidad. En primer lugar, desconoce en su razonamiento el juzgador que lo habitual en materia de microtráfico de sustancias prohibidas, es que la droga se venda en dosis menores, por lo que es una obviedad comprender que si esa es la forma que reviste la venta en cuanto a su presentación, pues esa es la misma manera en que se adquiere. Por lo tanto, de esa característica no puede deducirse que el acusado era el vendedor, cuando de ella podía inferirse, con la misma probabilidad, que era el comprador de la sustancia.

En poder del procesado se encontró «un listado que parecía de contabilidad y billetes de diferentes denominaciones»:

En relación con el «listado que parecía de contabilidad» y la suma de \$83.000 que se encontraron en los bolsillos del acusado, resulta desconcertante que de ello el Tribunal se atreva a suponer una acción de comercialización de las sustancias incautadas. El documento en cuestión ni siquiera fue aportado como prueba al proceso y su existencia sólo fue mencionada por el agente de policía en su declaración¹⁸, por lo que no debió ser estimado, lo que es suficiente para descalificar el argumento del Tribunal. Pero aún de haber sido incorporado a la actuación, no se entiende cuál es la relevancia que se le quiere dar cuando no se estableció ninguna relación con un propósito de tráfico. Era apenas un listado *que parecía* de contabilidad, según adujo el policía, sin que siquiera se insinuara que allí se tuvieran registradas transacciones ilícitas.

Peor aún, en cuanto al hallazgo en poder del acusado de billetes de diferentes denominaciones, no se comprende lo que quiso significar el Tribunal al resaltar esa circunstancia, más allá de entreverse en su apreciación una odiosa postura discriminatoria deduciendo que el hecho de que un artesano llevara \$83.000 en los bolsillos podría ser indicativo de una conducta de narcotráfico, cuando ninguna conexión estableció entre el dinero y alguna acreditada acción referida a la comercialización de las sustancias que portaba, de manera que se ofreciera con algún grado de credibilidad que esa suma fuera producto de la realización de un comportamiento ilícito.

¹⁸ El agente Y. A. C. C. se refirió a «unos escritos numéricos, al parecer, por la experiencia que tenemos, de contabilidad»: Registro de audio, min. 00:18:40.

Así las cosas, develados los errores de raciocinio en la decisión confutada, tiene que declararse que no se alcanzó el estándar de convencimiento para condenar, consistente en el conocimiento más allá de duda razonable, consagrado en la Ley 906 de 2004 (artículos 7º y 381), en razón a que debe concluirse en la atipicidad del comportamiento desplegado por J. P. R. M. Como consecuencia de lo expuesto, la Corte casará la decisión de segundo grado y, en su lugar, emitirá fallo de sustitución para absolver al procesado del delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* –artículo 376 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011–.

Por lo anterior, se dispondrá su libertad inmediata e incondicional por razón de este proceso, con la advertencia que cumplirá efectos si no es requerido por otra autoridad. El juez de primer grado procederá a cancelar los registros y anotaciones a que haya lugar y a ordenar la devolución del dinero que le había sido incautado al procesado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CASAR la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 10 de septiembre de 2014, en razón de la prosperidad de los cargos formulados en la demanda presentada por la abogada del acusado J. P. R. M.

SEGUNDO: ABSOLVER, como consecuencia de la anterior determinación, a J. P. R. M., por el delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* (artículo 376 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011).

TERCERO: ORDENAR la libertad inmediata e incondicional en favor del procesado en mención, la que se hará efectiva en caso de no ser requerido por otra autoridad.

CUARTO: Disponer que el juez de primer grado cancele los registros y anotaciones que se hayan originado en contra del acusado en razón de este proceso, y ordene la devolución del dinero que le había sido incautado.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Despacho de origen.

Comentario

Introducción

Aquí se hace un estudio de la Sentencia emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el día once de julio de 2017, radicado número 44997, proveído en el cual se aborda la problemática atinente al delito de porte de estupefacientes con un plausible, mas no exento de críticas, viraje jurisprudencial a partir del cual se jalona una hermenéutica que clama por una “relectura” en la práctica judicial, cuando se está en frente de este tipo de conductas.

Así las cosas, se analiza, en primer lugar, la categoría de los delitos de peligro en sus dos vertientes: tipos de peligro abstracto y tipos de peligro concreto y se mira la postura de la Sala, según la cual el delito de porte de estupefacientes se adscribe

a los de peligro abstracto, lo que suscita todo un debate en torno a si dicha clase de delitos encuentra asidero en un derecho penal de la ofensividad, ello de conformidad con diversos planteos doctrinarios. En segundo lugar, una vez sentadas las bases anteriores, el comentario se centra en la opinión de la Sala, según la cual, el delito plurimencionado consagra, de manera *tácita*, un elemento subjetivo diferente del dolo, que es el *quid iuris* de la nueva interpretación jurisprudencial. En tercer lugar, se reflexiona en torno a qué papel juega a partir de ahora el concepto de “dosis personal” y de “dosis de aprovisionamiento” en la práctica judicial; en cuarto y último lugar, se consignan las conclusiones derivadas de ese análisis.

Delitos de peligro

F. Carrara (1871, p.18) con su acostumbrada lucidez señaló que el Derecho penal no puede arribar a aquellas situaciones donde el derecho no es violado o, al menos, puesto en inminente peligro; esto pone de presente, que en el sistema penal no solo entran en juego situaciones actuales, sino que también es viable tener en cuenta acontecimientos posibles (Welzel 1956, p. 56). De esta manera, la creación de un peligro del cual se pueden derivar consecuencias dañinas también es puesto bajo la mira de la amenaza penal, por lo que el concepto de peligro cumple un papel trascendente y se expresa, en uno de sus diversos vértices, en los llamados delitos de peligro (Maurach, 1962, p. 276).

Se trata, sin duda, de conductas que miradas en comparación con los delitos de lesión, están mucho más distantes de la protección de bienes jurídicos (Hassemer & Muñoz, p. 146), lo que pone de presente la evidente tensión que su consagración suscita, máxime si se miran en clave de un Derecho penal de la ofensividad o de la lesividad, como se precia de ser el ordenamiento penal vigente. Ahora bien, en lo que atañe a los llamados delitos de peligro, estos se suelen diferenciar en dos clases: por una parte, se habla de tipos de peligro abstracto y, por la otra, de los denominados tipos de peligro concreto (Zaffaroni, 1982, p. 260), cuyo factor diferenciador es la mayor o menor probabilidad de producción del resultado lesivo (Maurach, 1962, p. 278).

Delitos de peligro abstracto.

Los delitos de peligro abstracto son un fenómeno cuya aparición se remonta a los albores del siglo pasado (Ferrajoli, 1989, p. 514), instaurados con la pretensión de anticipar el ámbito de injerencia penal a través de una técnica mediada y depurada por la protección bienes jurídicos de corte supraindividual (Corcoy, 1999, p. 373), cuyo merecimiento de pena se apoya en la peligrosidad general de la acción típica para determinados bienes jurídicos (Jescheck & Weigend, 2002, p. 283), esto es, en palabras de Stratenwerth, “por su peligro característico” (2000, p. 434).

Esta metodología de tipificación del peligro abstracto, se identifica por dos notas particulares: de un lado, por el carácter hipotético, incluso improbable, de la presencia de un resultado lesivo para el bien jurídico y, de otro lado, por textura abierta de la acción, expresada, generalmente, por medio de fórmulas gramaticas-

les como «dirigidos a», «idóneos para» o similares (Ferrajoli, 1989, p. 475); en este orden de ideas, lo que se castiga en estos supuestos de hecho, es la pura y simple desobediencia o la violación formal de la ley, en relación con una acción que, en sí misma, es a todas luces inocua (Ferrajoli, 1989, p. 479); el castigo reside, pues, en la realización de una conducta típicamente peligrosa (Roxin, 1993, p. 407), que diluye la exigencia atinente a la puesta efectiva en peligro del bien jurídico protegido (Rodríguez M., 1994, pp. 14-15).

Por supuesto, esta situación se traduce, inevitablemente, en que una vez comprobada la realización de la conducta, se excluye la demostración judicial del peligro (Fiandaca & Musco, 2007, pp.180-181), de suerte que la “valoración” del mismo está jugada en favor de la determinación en abstracto que ha realizado el legislador (Méndez, 1993, p. 133). De lo anterior se derivan tres corolarios: en primer lugar, se minimizan los presupuestos de punibilidad –que es independiente, en todo caso, de la demostración de la situación de peligro, (Mezger, 1933, p. 323)–, lo que conduce a admitir la posibilidad de que se imponga una pena ante la realización de acciones no peligrosas (Méndez, 1993, pp. 134-135); además, en segundo lugar, se reducen visiblemente las posibilidades de defensa del inculpado –al no exigir un peligro real para el bien jurídico (Hassemer & Muñoz, p. 146) – y, para acabar de ajustar, en tercer lugar, se presume la existencia del dolo o de la culpa respecto a este resultado potencial (Maurach, 1962, p. 278).

Delitos de peligro concreto.

El origen de lo que hoy llamamos delitos de peligro concreto, se encuentra en la inmortal obra de Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, bajo la expresión «peligro corrido» (Carrara, 1871, p. 79), locución que, según Ferrajoli, es mucho más clara y precisa, que aquella que emplea la dogmática actual (Ferrajoli, 1989, p. 711). Ahora bien, en estos delitos, a diferencia de los llamados de peligro abstracto, se exige en cada caso la verificación del peligro real para el objeto protegido por el respectivo tipo penal (Roxin, 1993, p. 404), tarea que, desde luego, le corresponde elucidar al juez (Jescheck & Weigend, 2002, p. 283).

El tráfico de estupefacientes: ¿delito de peligro abstracto?

La sentencia objeto de este comentario (Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, radicado 44997, 2017, p. 19), señala que se trata de un delito de peligro abstracto, en cuya virtud el legislador adopta, en el momento de creación legislativa, una presunción de peligro de *iuris tantum*, que, en todo caso, dice la Sala de Casación Penal, obliga al juez a realizar un juicio de antijuridicidad a efectos de establecer si se produjo un riesgo efectivo y verificado empíricamente para el bien jurídico protegido.

En este punto se evidencia una contradicción en la medida en que para la Sala el delito de porte de estupefacientes no solo es de los denominados de peligro abstracto, sino que, al mismo tiempo, exige al juez comprobar el peligro efectivo acaecido para el bien jurídico. Desde luego –y aquí subyace la contradicción–, si el

juez debe verificar el peligro corrido por el bien jurídico, se está en frente de un delito de peligro concreto y no, precisamente, en frente de uno de peligro abstracto.

También aduce la Sala en la página 20 del proveído original, que este tipo penal contiene una “presunción de antijuridicidad *iuris tantum*”, con dos efectos particulares: de un lado, la posibilidad de ser desvirtuada y, del otro, el hecho de que tal presunción no conduce a la inversión de la carga de la prueba, toda vez que esta tarea se mantiene incólume en cabeza de la fiscalía. Esta lectura pone de presente que se trata de una presunción carente de significación; en efecto, si el peligro que se presume, sea como fuere, debe ser acreditado a partir de la carga procesal que le corresponde a la fiscalía, es claro que deja de ser presunción para convertirse más bien en un elemento del tipo que, naturalmente, debe ser acreditado.

Sobre esta problemática, Zaffaroni (1982, pp. 259-260) entiende, al igual que la Sala, que en los delitos de peligro abstracto pueden contener una presunción *iuris tantum*, pero con una consideración distinta a la del fallo, según la cual sí se invierte la carga de la prueba, por lo que le corresponde al procesado demostrar que no hubo tal peligro; este entendimiento, deja intacta y con sus efectos inherentes la presunción *iuris tantum*.

Ahora bien, de *lege data*, los delitos de peligro abstracto no tienen carta de nacimiento, ello en la medida en que no solo resultan incompatibles con la Constitución (Velásquez, 2017, p. 72), que establece como límite al ejercicio del *ius puniendi* el principio de lesividad, sino que, de paso, están en franca contravía con la disposición rectora contenida en el artículo 11 del Código Penal que exige, como rasero mínimo de intervención (aunado al principio de ejecución) una real puesta efectiva en peligro del bien jurídico. Como consecuencia de ello, le está vedado al administrador de justicia, al estudioso o al intérprete, proceder en contrario; ese es, pues, el alcance de tal norma rectora que, recuérdese, como todas ellas, al tenor del artículo 13, constituye “la esencia y orientación del sistema penal” y “prevalece(n) sobre las demás e informa (n) su interpretación” (Velásquez, 2017, pp. 72-73).

En este mismo sentido, Ferrajoli considera que los tipos penales de peligro abstracto tienen que ser necesariamente reestructurados de conformidad con el principio de lesividad, bien sea como delitos de lesión o, excepcionalmente, como tipos de peligro concreto y esta diferenciación dependerá de si el bien jurídico en particular requiere de un ámbito de protección condicionado a la lesión o, al límite, se anticipa dicho amparo a la efectiva puesta en peligro del mismo (1989, p. 479); al hilo de estas consideraciones, es claro que el legislador, en el marco de un Derecho penal jugado decididamente por la protección de bienes jurídicos, debe excluir de la técnica legislativa los llamados delitos de peligro abstracto (Hassemer & Muñoz, p. 147) y, por supuesto, los jueces deben hacer lo propio de cara la interpretación de los dispositivos legales.

Los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo

Desde el punto de vista subjetivo la mayoría de tipos penales exigen únicamente la presencia del dolo; sin embargo, hay ciertos supuestos de hecho en los cuales el aspecto subjetivo requiere “algo más”, que se suele expresar en: a) una finalidad que persigue un objeto que va “más allá” de la realización del tipo objetivo; o, b) una particular disposición interna del sujeto activo (Zaffaroni, 1982, p. 361). Estas hipótesis, que “colorean el contenido ético-social de la acción en un sentido determinado” (Welzel, 1956, p. 83), se denominan por un sector de la doctrina como elementos subjetivos del tipo distintos del dolo y, por otro sector, muy ligado a la tradición jurídico penal italiana, se les conoce con la expresión “dolo específico” (Fiandaca & Musco, 2007, p. 332), vocablo criticado, por ejemplo, por Jiménez de Asúa (1997, p. 366).

En esta línea de pensamiento, esta figura –que caracteriza detalladamente la voluntad de la acción del autor–, se puede clasificar de diversas formas, por ejemplo, Jescheck & Weigend (2002, p. 340), hablan de cuatro grupos, dentro de cuales basta señalar al menos dos de ellos: en primer lugar, los llamados “delitos de intención”, que se definen porque el autor busca un resultado que tiene en consideración para la realización del tipo, pero que no precisa de ser alcanzado para efectos de la tipicidad de la conducta. Por ejemplo, el delito de hurto cuando subraya “el propósito de obtener provecho” y, en segundo lugar, los “delitos de tendencia”, cuyo rasgo distintivo está en que “la acción delictiva es dominada por la dirección de la voluntad del autor, que es la que le confiere su verdadero carácter o la especial peligrosidad para el bien jurídico protegido” (2002, p. 340), a tal efecto, piénsese en el “ánimo de lucro” como circunstancia de agravación del homicidio.

A su turno, la doctrina patria (Velásquez, 2017, pp. 395-396), en un trazo similar, clasifica estos elementos en dos grupos: por un lado, los especiales elementos subjetivos, que se caracterizan porque confluye en el autor un determinado propósito, como sería, en el delito de genocidio, el de destruir total o parcialmente a un grupo determinado; y, por otro lado, se encuentran aquellos casos en los cuales la ley establece motivos de autor –de los que también habla Maurach (1962, p. 330)–, como lo es, por ejemplo, el motivo abyecto o fútil, clásica circunstancia de agravación del delito de homicidio.

Ahora bien, la pregunta que sigue consiste en dilucidar qué funciones cumple el elemento subjetivo distinto del dolo o, en términos de la discusión italiana, el dolo específico. Al respecto, son tres los cometidos de esta figura (Fiandaca & Musco, 2007, p. 333): un primer objetivo es el de restringir el ámbito de la punibilidad, toda vez que en caso de que el sujeto no busque la finalidad particular indicada en la ley, la conducta no es punible, a menos que, sin ese elemento, integre otro tipo penal (Mir, 2006, p. 279); un segundo objetivo consiste en determinar la punibilidad de una conducta que de otro modo resultaría lícita, por ejemplo, el hecho de asociarse es lícito, a menos, claro está, que se lleve a cabo con la finalidad de cometer delitos; por último, una tercera función reside en generar una mutación en

el título del delito; piénsese, por ejemplo, en el delito de secuestro, cuyas modalidades varían, justamente, según el fin perseguido por el agente.

El delito de tráfico de estupefacientes y el elemento tácito subjetivo distinto del dolo

Si bien la textura gramatical del tipo penal de porte de estupefacientes no exige, en su aspecto subjetivo, un elemento adicional distinto del dolo, la Sala de Casación, a partir de la página 25 de la sentencia, expone un conjunto de argumentos encaminados a establecer “un ingrediente subjetivo tácito”; en este orden de ideas, dice la Corte, que si bien de ordinario es el legislador el encargado de insertar este ingrediente en el tipo penal, nada impide que la jurisprudencia recurra a estos elementos especiales, así no estén previstos expresamente, y que resultan necesarios “para identificar con claridad la carga de intencionalidad y, con ello, el sentido de la conducta”.

Adicionalmente, sostiene la Sala en la página 26 de la decisión original que se comenta, que la función de los llamados ingredientes subjetivos distintos del dolo radica en definir el riesgo jurídicamente relevante, con lo cual su pretensión es la de confirmar o refutar la tipicidad del comportamiento, en clave de la imputación objetiva, lo que pone de presente un muy interesante problema –que no puede ser abordado en este comentario– atinente al provocador interrogante e importante debate acerca de ¿qué es lo objetivo en la imputación objetiva? o ¿qué es lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva?

Un ulterior argumento que refuerza, a ojos de la Sala, el recurso a los elementos subjetivos distintos del dolo, lo constituye un estudio teleológico del tipo penal, de suerte que la expresión “llevar consigo” que pareciera, en principio exigir sin más la realización de la conducta de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas aludidas en la disposición penal, requiere, adicionalmente, la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio. Se trata de una interpretación con una evidente orientación político criminal, de suerte que la Corte impregna al tipo penal de una condición definitiva y pensada en perspectiva de lo que persigue el tipo penal de porte de estupefacientes, esto es, un modelo de autor que lleve consigo las sustancias referidas en el tipo penal para una destinación bien particular, que es el tráfico de las mismas.

La dosis personal: categoría vigente pero insuficiente

Para la Sala de Casación penal el concepto de “dosis personal” no se constituye, como antes, en un elemento definitivo en la práctica judicial, como se desprende de lo consignado a partir de la página 22 original de la sentencia objeto de análisis. Con gran acierto, la Sala advierte que establecer un límite cuantitativo para la “dosis personal” de ordinario pugna con las verdaderas condiciones personales del individuo, habida cuenta que para efectos de analizar un caso en particular deben entrar en juego factores bien relevantes –y paradójicamente olvidados en la práctica– tales como el grado de dependencia, la tolerancia, la condición de consumidor

adicto, recreativo o primerizo y, en línea de la llamada “dosis de aprovisionamiento”, también es menester estudiar la posibilidad de abastecimiento en cantidades superiores, así como también los reiterados casos de “dosis compartidas”, fenómenos de la vida real que escapan a cualquier previsión legislativa.

La ausencia del análisis de tales factores, ha llevado, en opinión de la Corte, a una práctica arbitraria realizada por los jueces cuando bajo su arbitrio han recurrido a modificar los topes pretextando la aplicación del principio de insignificancia, introduciendo el discutible criterio de lo ligera o levemente superior a la dosis personal, para concluir en la falta de lesividad de la conducta realizada o, por el contrario, para entender el riesgo real para los bienes jurídicos cuando se supera lo leve o ligero (Corte Suprema de Justicia, sentencia radicado 44997, 2017).

Desde luego, esta práctica contribuye a fomentar la inseguridad jurídica, al brindar tratos disímiles de cara a situaciones semejantes, dependientes simplemente, como subraya la Sala, del “capricho del juzgador”; así, pues, para la Corte el concepto de “dosis personal”, si bien se mantiene como categoría vigente, en la medida en que le asiste una importante función delimitadora para declarar impune la conducta de portar cantidades que no superen ese límite (a excepción, claro está, de los casos asociados al tráfico o distribución), también advierte que no es un concepto suficiente, habida cuenta que, el elemento definitivo es el fin de traficar las sustancias prohibidas.

Conclusiones

En primer lugar, si bien para la Sala de Casación Penal el delito de porte y tráfico de estupefacientes es de los denominados tipos de peligro abstracto, dicha tesis va en contravía del programa penal de la Constitución, recuérdese que el principio de lesividad no opera sólo en el momento legislativo, de creación del delito, sino también en el de aplicación de la ley penal, exigiendo que tanto la figura típica como la conducta concreta comporten la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado (Berdugo, *et al.* 1999, p. 57).

Además, en segundo lugar, es significativa la importancia que tienen las llamadas “Normas rectoras de la ley penal colombiana”, particularmente el artículo 11 del Código Penal, que como dice al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, debe estar presente cuando se abordan problemas como el que aquí se ha discutido.

Asimismo, en tercer lugar, la Sala pudo haber optado por la tesis del delito de peligro concreto, que es la que a la postre adopta, cuando señala como exigencia ineluctable la comprobación, en sede judicial, de una real y empírica demostración de la puesta efectiva en peligro del bien jurídico; luego, parece ser en definitiva intrascendente, que se diga que es un delito de peligro abstracto, cuando de manera paralela se exige el peligro corrido por el bien jurídico.

También, en cuarto lugar, es menester subrayar que la decisión, al exigir como modulador de interpretación del delito de porte de estupefacientes que se demuestre

la finalidad de traficar, trae como consecuencia la evitación de sentencias injustas, en las que si bien se demostraba que el autor era consumidor y llevaba consigo la respectiva sustancia para su uso personal, al superar “razonablemente” los límites de la llamada dosis personal, se proferían sentencias condenatorias.

Al hilo de lo anterior, en quinto lugar, esta jurisprudencia se acerca a la realidad del problema del porte de estupefacientes, es decir, adopta una visión próxima y no se trata de un entendimiento alejado del fenómeno delictivo, que le permitirá a los fiscales canalizar sus investigaciones en relación con los verdaderos traficantes y, a los jueces, dispensar de una forma mucho más racional una verdadera justicia, que no redunde en la persecución del más débil, que es lo que la historia del Derecho penal ha demostrado.

Referencias

- Berdugo, I., Arroyo L., García N., Ferré J. & Piedecabras J. (1999). *Lecciones de Derecho penal, Parte general* (2 ed.) Barcelona: Praxis.
- Carrara, F. (1871). *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale* (4 ed.) Lucca: tipografía Giusti.
- Corcoy, M. (1999). *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: editorial Trotta.
- Fiandaca, G. & Musco, E. (2007). *Diritto penale Parte generale* (5 ed.) Bologna: Zanichelli Editore.
- Hassemer W. & Muñoz F. (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jiménez de Asúa, L. (1997). *Principios de derecho penal la ley y el delito*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot Editorial sudamericana.
- Mantovani F. (2011). *Diritto penale, parte generale* (7 ed.) Padova: CEDAM
- Maurach, R. (1962). *Tratado de Derecho Penal*, (Trad. y notas de derecho español J. Córdoba) Barcelona: Ediciones Ariel.
- Marinucci G. & Dolcini E. (2012). *Manuale di diritto penale, parte generale* (5 ed.) Milano: Giuffrè edizione.
- Mezger, E. (1933). *Tratado de Derecho Penal* (T. II, trad. de la 2 ed. alemana). Madrid: Editorial revista de derecho privado.
- Mir, S. (2006). *Derecho penal, Parte General* (8 ed.). Barcelona: Reppertor.

- Méndez, C. (1993). *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: ministerio de justicia.
- Rodríguez, T. (1994). *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid: Gráficas Arias Montano, S. A.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, Parte General, fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (TI, trad. de la 2 ed. alemana), Madrid: Editorial Civitas.
- Sentencia 44997 (2017, julio 11). Casación. M.P. Patricia Salazar Cuellar. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Stratenwerth, G. (2000). *Derecho Penal. Parte general, I El hecho punible* (Trad. M. Cancio Meliá & M. A. Sancinetti) Navarra: Editorial Aranzadi.
- Jescheck H.H & Weigend T. (2002). *Tratado de derecho penal, Parte general* (5 ed.) Granada: Editorial Comares.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal, Parte General* (Trad. C. Fontán Balestra) Buenos Aires: Depalma editor.
- Velásquez, F. (2017). *Fundamentos de Derecho penal, Parte general* (1 ed.) Medellín: Comlibros.
- Zaffaroni, E. (1982). *Tratado de derecho penal, Parte general, (T. III)* Buenos Aires: Editorial Ediar.

V

**Reseñas y
recensiones**

Londoño Berrío, H. L. (2016). *Sistemas punitivos y derechos humanos. El caso de la comuna 13 de Medellín-Colombia*, Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales-Universidad de Antioquia, 651 p.

John E. Zuluaga Taborda*

I

Sistemas punitivos y derechos humanos. El caso de la comuna 13 de Medellín-Colombia es la investigación realizada por Hernando León Londoño Berrío, en el programa de doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España). Esta incursión académica se ocupa del concepto "Pluralismo Punitivo", en el que se representa la coexistencia de tres sistemas punitivos: el miliciano, el paramilitar y el estatal. Esta representación se visibiliza en un espacio geopolítico paradigmático de territorialidad bélica urbana: la Comuna 13 de Medellín (Colombia) y se discute la misma en un lapso de tiempo (2000 a 2010) en el que se encuentran constancias muy sensibles de las atrocidades del conflicto armado colombiano.

El trabajo del Dr. Londoño Berrío sintetiza un cuestionamiento fundamental a la legitimación y legitimidad de estos sistemas y su convergencia en dicho escenario. Cada uno de ellos se describe y polemiza sobre la base de pautas de interpretación muy concretas: las relaciones sociales comprendidas en su regulación, el tipo de proceso asumido para adjudicar la responsabilidad y definir la pena y el tipo de castigo prescrito e impuesto. Estos referentes son, a su vez, insumo esencial en la valoración de la legitimación de dichos sistemas, es decir, en la respuesta a la pregunta por el grado de obediencia y reconocimiento 'o de rechazo y resistencia' de los mismos en la Comuna 13.

La investigación se desarrolla en tres grandes partes en las que se fijan, respectivamente, los referentes teóricos de la investigación, se contextualiza la Comuna 13 como espacio local objeto de estudio y se reconstruyen las representaciones de los habitantes de esta zona geográfica sobre los sistemas punitivos. En la primera parte, se explican los referentes teóricos del sistema punitivo y del pluralismo punitivo. Además, se caracteriza la comuna 13 no solo como espacio local, sino, además, su articulación nacional y global.

* Profesor Investigador en el Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho, Universidad Sergio Arboleda (Colombia). LL.M. y Dr. iur. de la Georg-August-Universität Göttingen. Alumni del DAAD e investigador adscripto al Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania).

En la segunda parte, se indaga por la dinámica del conflicto armado, se sistematizan las relaciones sociales objeto de criminalización y se identifican los procedimientos penales y la imposición de castigos. Se trata de un acercamiento al contexto socioeconómico y político donde se desenvuelven los sistemas punitivos referenciados. En la tercera parte, se abordan dos aspectos: la legitimación y legitimidad de los sistemas punitivos. En la misma se discuten lo que el autor considera categorías operacionales de la investigación. Allí se indaga acerca de las comprensiones que los habitantes de la Comuna 13 construyeron sobre la necesidad, conveniencia, racionalidad y la justicia de las normas y prácticas de cada sistema punitivo.

II

La concepción a partir de la cual la coexistencia de diversos sistemas punitivos es posible, da cuenta de una particular comprensión de lo que se manifiesta con dicha denominación: sistema punitivo. En el fondo se discute una sensible forma de control social caracterizada por su poder criminalizante y la capacidad de intervenir coactivamente sobre derechos fundamentales. Acá se supera el enfoque formal ligado a las reglas del Estado de derecho para confrontar de una forma mucho más realista, directa y crítica preguntas sobre ¿quién y qué se castiga? y ¿cómo se justifica el ejercicio de la violencia punitiva? Con ello se concibe una importante apuesta por una valoración socio jurídica y, además, politológica del sistema de justicia criminal. Esta apuesta es transversal a toda la obra y concibe sus bases analíticas, por un lado, en una sensata manera de comprender las formas que regulan y tratan los conflictos, es decir, las instituciones que los tramitan, sus agentes y discursos. Por otro lado, en la identificación de procesos de selección y definición de las conductas desviadas, así como de sus responsables y las reacciones punitivas frente a las mismas.

La obra despliega una perspectiva integral para la valoración de las formas punitivas de control social, entre las cuales el sistema estatal de justicia criminal solo es una de tantas. Esta perspectiva integral sobre las formas de control social que intervienen coactivamente sobre derechos fundamentales logra ser desplegada en el análisis de distintas expresiones punitivas: la detención-desaparición como pena, la tortura y los tratos crueles, el sistema penal subterráneo, el sistema penal paralelo, el derecho penal de enemigo y el poder punitivo en disputa. De esta manera, el estudio pone negro sobre blanco aquellos procesos sociales y precondiciones culturales y socio-estructurales que determinan en el contexto de la Comuna 13 de Medellín no solo la definición de una conducta como desviada, sino, además, las formas y la intensidad de la violencia con que se reacciona a las mismas.

III

A la apuesta teórica con la que se busca una valoración crítica y realista de las maneras en las que se desenvuelve la violencia punitiva, se suma una acertada delimitación espacio-temporal para el análisis. La focalización en la Comuna 13 permite confrontar el enfoque teórico con un sensible referente geopolítico. La Co-

Comuna 13 logra entenderse más allá de sus límites espaciales para ser apropiada como un sismógrafo de las formas en que se expresa el ejercicio de la violencia punitiva. Aquí se identifica un gran acierto, en el sentido de reconocer los sistemas punitivos no como un régimen normativo, sino como una práctica concreta con justificaciones específicas. Por ello, la concreción de la Comuna 13 como escenario de investigación resulta plenamente válida, precisamente porque en ella se cruzan múltiples conflictos locales, nacionales y, respectivamente, constancias de reacciones punitivas. Así es reconocida la Comuna 13 como un espacio geopolítico en el que se verifican programas y prácticas punitivas de alcance local, regional y nacional.

El análisis que se hace de este espacio geopolítico relaciona, entre otras, variables como la dinámica del conflicto armado, las relaciones sociales objeto de criminalización e identifica el tipo de castigo para las mismas. Con esto, a su vez, se establece lo que es un continuo recurso a la violencia en el proceso histórico de construcción de territorio. Aquí se deja ver lo que se ha dado en llamar la violencia como un *habitus*, según lo cual la violencia es un recurso que le permite a gran parte de la población mejorar o mantener su posición en el campo. En otras palabras, un recurso de múltiples actores sociales para intervenir en la gestión del control social (Koessler, 2015). La investigación del Dr. Londoño Berrío profundiza en esta lectura y permite identificar en el campo miliciano, paramilitar y estatal la constancia de la especial apropiación de la violencia no solo como una práctica durable, sino, además, con un carácter determinante de percepciones y acciones de múltiples agentes frente a diversos problemas, o coyunturas.

IV

El entramado argumentativo conduce a unos resultados contundentes: Los presupuestos de legitimación de las prácticas punitivas milicianas, paramilitares y estatales, fueron insostenibles y, de forma paradójica, promovieron su propia deslegitimación. Si bien la aspiración de seguridad que los mismos ofertaban respecto a distintos bienes materiales e inmateriales afianzó la acogida de la población, fue su proclividad a la crueldad, la arbitrariedad, el autoritarismo y el permanente afán expansionista las principales razones que desvertebraron la ilusión de salvaguarda que ofrecían dichos sistemas punitivos.

Esta lógica punitivista no fue ajena al sistema estatal, que impulsó unas dinámicas de persecución penal desentendidas de las más básicas reglas y principios constitucionales en la materia. Al contrario, la intensidad y arbitrariedad de sus afectaciones han sido el criterio para denominar su intervención en la Comuna 13 como derecho penal de enemigo. Precisamente, porque instrumentalizó el discurso de los derechos humanos en el afán de justificar los abusos policiales y militares, sostuvo una impresentable alianza con criminales a los cuales amparó con una especie de ‘derecho penal del amigo’ y, además, porque relajó el reproche de sus agentes envueltos en tan escandalosas prácticas punitivas, es que el Dr. Londoño Berrío asegura que el Estado se comportó peor que una “banda de ladrones”.

El libro es una magnífica invitación a pensar en las prácticas punitivas de control social que toman cuerpo en espacios sensiblemente marcados por condiciones de exclusión, explotación y discriminación. En el trabajo reseñado se discute una delimitación geopolítica muy concreta: la Comuna 13 de Medellín, pero la misma sirve de espejo para representar cotidianidades punitivas caracterizadas por su selectividad, clasismo, inocuidad, amiguismo, populismo, eficientismo y, en síntesis, drásticamente determinadas por las claves del derecho penal del enemigo, que también se producen en otros contextos.

Referencia

Koessler, M. (2014). *Gewalt und Habitus. Paramilitarismus in Kolumbien*. Berlín-Münster: LIT.

Volk, K. (2010). *Curso fundamental de Derecho procesal penal* [*Grundkurs StPO* 7 ed.]. (Trad. E. Nanzar, A. Núñez, N. Pastor, D. Sarrabayrouse, 2016). Buenos Aires: Hammurabi.

*Kevin Iván Giraldo Ramos**

El fácil entendimiento para los estudiosos y el fomento del pensar jurídico-procesal penal –como bien lo expresa el autor desde el prólogo– crean la base fundamental para que este libro se convierta en un texto fundamental; no en vano tiene siete ediciones en su lengua materna y es el producto de muchos años de investigación. Para quien quiera hacerse a una idea general del texto debe entender que el mismo está construido a partir de cuatro ejes temáticos: El primero, hace referencia a las partes intervinientes en el proceso penal; el segundo, toca con el procedimiento penal en sentido amplio; el tercero, está encaminado al derecho probatorio; y, el último, está enfocado en la explicación de la sentencia, los medios de impugnación y las costas procesales.

A su vez, su contenido se estructura en torno a cuarenta capítulos, que desarrollan de manera esquemática, clara y concisa, los cuatro patrones mencionados con anterioridad. Cada apartado cuenta con una sección de casos y preguntas, en donde los lectores pueden interactuar, analizar y evaluar los contenidos obtenidos; los acápites están organizados con el fin de que el lector pueda abordar, de manera sistemática y complementaria, todos los temas involucrados en el Derecho procesal penal.

Así, en el capítulo primero, denominado “el caso procesal penal”, aparecen tres asuntos en los cuales se basa la explicación de los temas relacionados con los siguientes capítulos. En el segundo, realiza la necesaria equivalencia entre dos campos jurídicos: el derecho penal material y el derecho procesal penal, oportunidad en la cual explica que, aunque son mutuamente dependientes, están relacionados por su funcionalidad. En el capítulo tercero, se abordan los fines del proceso penal y salen a relucir los valores materiales de la verdad, la justicia y la paz jurídica, su necesario balance, y, añádase, el déficit de los mismos en la aplicación del derecho procesal penal. En el capítulo cuarto, se exponen las etapas que se surten en la puesta en marcha del proceso, como lo son el procedimiento preliminar (de investigación), el procedimiento intermedio y el procedimiento principal.

* Asistente del Departamento de Derecho Penal, Escuela de Derecho, Universidad Sergio Arboleda.

Ahora bien, ya aunados los capítulos preliminares, el autor comienza por desarrollar lo atinente a cada una de las partes intervinientes en el proceso penal. Así, en el capítulo quinto explica la organización, competencia, jurisdicción (competencia territorial) y constitución de los tribunales –de conformidad con organización judicial alemana–, discurrendo sobre la Ley de Constitución de las Cortes (*Gerichtsverfassungsgesetz* [GVG]), que regula la competencia de los tribunales. Así mismo, en el capítulo sexto, se dilucida lo concerniente a la función, estructura, y posición jurídica de la Fiscalía en el proceso penal, a cuyo efecto se realiza la distinción jerárquica que comprende una estructura monocrática y burocrática que corresponden al derecho a dar instrucciones, de sustitución y el derecho de devolución, y que, además, responde al deber de objetividad, sobreseimiento y al de proteger la ley. Ahora bien, los capítulos séptimo y octavo, denominados “la policía” y “el procedimiento de investigación”, no solo están dedicados a la explicación de la organización policial, si no que determinan la calidad de los investigadores y las facultades de injerencia que tienen los mismos en el proceso penal.

Continuando con las partes intervinientes, el autor dedica el capítulo noveno del libro al desarrollo del rol del imputado, oportunidad en la cual explica el momento y la manifestación para realizar la imputación, así mismo aborda los métodos de interrogatorio y sus límites, de conformidad con los derechos y deberes del imputado. En el capítulo décimo, denominado “injerencias y medidas de coerción”, con fundamento en el principio de la libre configuración del procedimiento de investigación, muestra cuáles de las medidas de coerción pueden ser adoptadas y cuáles son los medios que deben ser elegidos. Por último, para culminar con los intervinientes en el proceso penal, se destina el capítulo decimoprimer a dilucidar el rol del defensor con indicación de sus derechos y deberes, en especial el derecho de requerir pruebas y el deber de actuar a favor del imputado; allí, también se examinan los límites de la defensa y la figura del defensor europeo.

Así mismo, en el capítulo duodécimo denominado “Decreto de clausura de la Fiscalía”, el profesor alemán aborda el fenómeno del sobreseimiento de la investigación a la luz de los artículos 170, inciso 2 y 153 ss. de la Ordenanza Procesal Penal alemana (*Strafprozessordnung* [StPO]). A su turno, el capítulo decimotercero se reserva a la explicación del concepto procesal de hecho para distinguirlo de la noción de hecho propia del derecho penal material; por eso, lo define como un suceso histórico unitario que no es más que acontecimientos de la vida que proyectan sus efectos en el proceso, de ahí que el hecho determine el objeto del proceso para fijar aquello sobre lo cual el juez debe decidir y establecer límites a la acusación penal. El capítulo decimocuarto, se encarga de explicar los presupuestos procesales definiéndolos como las circunstancias de las que depende la presencia o ausencia de todo proceso en el que surgen como protagonistas un catálogo de presupuestos procesales como la inmunidad, la prescripción, entre otras. El capítulo decimoquinto, versa sobre las manifestaciones de las partes, de los agentes de la jurisdicción o de terceros ligados al proceso (actos procesales) e inquiriere sobre sus defectos, consecuencias y formas.

Ahora bien, téngase en cuenta que el autor de la obra dedica sus próximos seis capítulos a profundizar sobre el procedimiento penal: el procedimiento intermedio, el cual debe ser entendido como aquella etapa procesal que es iniciada con la presentación del escrito de acusación por parte de la fiscalía y culmina con el auto de apertura (decimosexto); el procedimiento principal (panorama general), entendido como aquella etapa procesal que instruye el programa del juicio oral, iniciando con la declaración de apertura y culminando con la sentencia, surtiendo las fases de comprobación de la presencia de intervinientes, lectura de la hipótesis acusatoria, interrogatorios, alegatos y deliberación (decimoséptimo). También, se ocupa de las máximas procesales que deben ser entendidas como preceptos y principios que intervienen en el actuar procesal, como sucede con los principios de oficialidad, legalidad, oportunidad, acusatorio, de investigación, entre otros (capítulo decimooctavo).

A su vez, el capítulo decimonoveno se destina al examen del tribunal en el juicio oral, lo que obliga a hacer referencia al principio del juez natural (el juez preestablecido en la ley), la exclusión y la recusación, y la conducción dirección del debate en el seno del juicio oral. Con postelación, el expositor aborda la figura de los intervinientes en el proceso y los medios de prueba y señala que la calidad de perjudicado en un proceso puede otorgar la potestad de ser interviniente en él (capítulo vigésimo); además, expone en términos generales la figura del testigo, el perito y la prueba documental (vigésimo primero), para darle paso a los siguientes apartados que versaran sobre el derecho probatorio.

Así, el acápite vigésimo segundo y los siguientes sirven para esclarecer los conceptos fundamentales del derecho probatorio, a partir de tres importantes interrogantes: ¿qué debe probarse? (fin de la prueba) ¿cómo debe probarse? (procedimiento de prueba) y ¿en qué puede basarse la producción de prueba? (medios de prueba), denotados interrogantes que forjan la base del derecho probatorio en el derecho procesal penal. Es en esta sede (capítulo vigesimotercero, denominado como “la producción de la prueba y el procedimiento probatorio”) en donde se explica la clasificación de los hechos (principales, auxiliares e indicios) y se indica cuáles deben ser acreditados; también, señala los procedimientos en materia de prueba que contiene la normativa procesal penal.

Agréguese que en los dos capítulos siguientes (vigésimo cuarto y vigésimo quinto) aborda el deber de esclarecimiento como fundamento principal para el cumplimiento de la verdad, la justicia y la paz (esto es, los fines del proceso penal) amén del derecho a requerir prueba. Allí, se examinan las formas y los momentos del requerimiento y se hace la necesaria distinción entre producir y requerir una prueba, abriendo camino a los cuatros capítulos siguientes que abordaran los temas de la oralidad y la inmediación en la recepción de la prueba, las prohibiciones probatorias y la libre valoración de las pruebas, para lo cual es básico subrayar la labor que debe cumplir el juez en el proceso penal.

Ahora bien, en relación con el cuarto patrón que sirve como hilo conductor del texto, el expositor desarrolla la figura de la sentencia concertada (acuerdo en el proceso penal), en donde cobra gran importancia la denominación “deal”, que es entendida como la finalización convenida de un proceso, que además está prevista por la ley para la regulación del acuerdo en el proceso penal del 28 de mayo de 2009 (capítulo trigésimo). El capítulo treintauno expone, en términos generales, la sentencia y señala su estructura y contenido; también, precisa la distinción entre la sentencia procesal (existencia de un impedimento procesal) y la sentencia de fondo (condenatoria o absolutoria).

Es más, el gran procesalista destina el siguiente acápite (el trigésimo segundo) para explicar el principio de la cosa juzgada, entendido como el efecto que surge al momento de proferir la sentencia y, agréguese, como aquel postulado que debe ir intrínsecamente asociado al axioma del *ne bis in idem*. Así mismo, antes de referirse a los medios de impugnación y a los recursos, se examinan las clases especiales de procedimiento (capítulo trigésimo tercero) que son de competencia del juez municipal y solo surten efectos en los delitos de pequeñas causas; además se muestra como característica principal de los mismos la no necesidad de requerir un juicio oral ni la participación de jueces legos.

Ya aunados la mayoría de los temas la obra en comento logra, en los acápi-tes siguientes, desarrollar los medios de impugnación y los recursos amén de las problemáticas afines: los efectos devolutivos y suspensivos de los mismos (en el trigésimo cuarto); en especial el recurso de apelación con las formalidades, oportunidad y fundamentación para que el mismo pueda prosperar ante el Juez Penal o el Tribunal de Escabinos, esto es, la interesante problemática de la admisibilidad de la apelación (capítulo trigésimo quinto). Además, el recurso de casación es explicado en una sede aparte porque se entiende como un medio de impugnación especial que se distingue de los demás en razón de que puede conducir a un nuevo juicio, lo cual le granjea la denominación de “un recurso de puro derecho” (capítulo trigésimo sexto). Al recurso de queja se destina el apartado siguiente (capítulo trigésimo séptimo), entendido como un medio de impugnación interpuesto con el fin de controvertir los autos de los jueces (en primera y segunda instancias) que, además, tiene carácter subsidiario en relación con el recurso de apelación. En fin, en último lugar, el capítulo trigésimo octavo se dedica al recurso de revisión, en donde se analizan temas como su admisibilidad y fundamentación, su ámbito de aplicación y los rasgos principales del procedimiento para concluir que este medio de impugnación solo puede ser interpuesto en aquellos procesos concluidos a través de una sentencia en firme sobre el fondo, no sobre sentencia de sobreseimiento. Para concluir, los dos últimos apartados de tan valioso texto (trigésimo noveno y cuadragésimo) sirven para examinar la intervención del ofendido en el proceso penal y las costas del proceso.

Así las cosas, de todo lo dicho se infiere que la obra en estudio constituye un aporte fundamental a la doctrina jurídica que, por su nivel de practicidad y de profundización, es ideal para quien se aventure por primera vez en el apasionante

mundo del derecho procesal penal. El texto, en buena hora traducido al español por los profesores argentinos que se encargaron de tan monumental tarea, se torna –entonces– en una herramienta que pone al día a los estudiosos con los nuevos desarrollos del proceso penal alemán y es un magnífico recurso para el estudio del derecho procesal penal comparado, en una época en la cual también este tipo de conocimientos se globaliza.

VI

Entrevista

PROFESOR DR. DR. H. C. JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER

Fernando Velásquez Velásquez



Formación y trayectoria académica del entrevistado

Licenciado en Derecho y graduado en Criminología; se doctoró en Derecho en 1981 en la Universidad de Valencia. Fue Catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela y de la de Valencia, antes de su destino actual en la Universidad Jaime I de Castellón. Ha ocupado cargos universitarios relevantes durante 15 años (Director de Departamento, Decano y Vicerrector). Es titular de la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad y dirige el Grupo de Investigación consolidado *DUE PROCESS Research Group*.

Es autor de más de 25 libros y más de doscientos artículos (sobre justicia gratuita, derecho de defensa, jurado, procesos matrimoniales, proceso civil cautelar, Corte Penal Internacional, violencia de género, inmunidades, víctimas del delito, responsabilidad de personas jurídicas, prueba prohibida, sistema adversarial, etc.). Es especialista en Derecho Procesal Civil y Penal comparados, contemplado en sus investigaciones siempre el Derecho alemán, el italiano y el estadounidense.

Ha pronunciado más de 500 conferencias sobre temas de su competencia en Europa y América. Ha ampliado estudios postdoctorales en Alemania, Italia y Estados Unidos durante más de once años. Es becario, entre otras prestigiosas instituciones, de la Fundación alemana Alexander von Humboldt. Ha sido consultor internacional para el desarrollo y la reforma procesal penal en Cos-

ta Rica, Honduras, Guatemala, Paraguay y Nicaragua; colaboró en la explicación de la reforma procesal penal en México, Argentina, Chile, Brasil y Perú.

Dirige un máster en Honduras y otro en Colombia. Ha elaborado como experto extranjero el Código Procesal Penal de Nicaragua (2001) y el Código Procesal Civil de Honduras (2007), ambos en vigor. Es Presidente de la Asociación Alexander von Humboldt de España desde 2012. Ha elaborado el Proyecto de Código Procesal Civil de Guatemala (2012-2014). Ha dirigido cerca de diez tesis doctorales a discípulos españoles y latinoamericanos. Goza de seis sexenios de investigación y seis quinquenios docentes, los máximos posibles. Es Premio de Investigación del Consejo Social de la Universidad Jaume I de Castellón a la Trayectoria Investigadora-XV edición, 2013. Es *Doctor Honoris Causa* de la Universidad Tecnológica de Honduras (diciembre 2013) (Información ofrecida por el entrevistado, recuperada del portal en internet de la Universidad Jaume I de Castellón http://www.uji.es/departaments/com/base/estructura/personal?p_departamento=90&p_profesor=65089).

C.D.P.: Si se tiene en cuenta su vinculación con el mundo académico colombiano, quiere explicarles a nuestros lectores ¿con qué universidades y entidades nacionales y desde cuándo ha tenido esos nexos?

Profesor GÓMEZ COLOMER: Mi vinculación con el mundo académico universitario no se ha producido vía universidades, sino vía personal. Conocí en Alemania en 1981 al Prof. Fernando Velásquez. Ambos éramos entonces jóvenes investigadores asistentes, en el principio de nuestras carreras universitarias y debido a la empatía de nuestros respectivos caracteres, se forjó una profunda y sólida amistad que perdura hasta hoy día. Luego nos reencontramos varias veces (en España y en Alemania), hasta que por fin puede visitar a la amada Colombia, país en el que imparto docencia y conferencias regularmente desde hace más de una década. A través de él conocí la magnífica Universidad Sergio Arboleda, que me ha distinguido como Profesor Honorario, y otras muchas universidades colombianas en las que imparten cátedra sus discípulos, destacando Los Andes, Antioquia, EAFIT, Pontificia Bolivariana, Autónoma Latinoamericana, etc.

C.D.P.: ¿Ve posible un proceso penal universal? En ese escenario hipotético, ¿qué temas advierte más compatibles y cuáles son los más problemáticos?

Profesor GÓMEZ COLOMER: No lo veo. Imagino posible una homogeneización y armonización en apartados clave del proceso, como es la investigación del crimen en supuestos muy graves y transnacionales (criminalidad organizada en general, y, en particular, terrorismo, narcotráfico, corrupción, cibercriminalidad, trata de personas, etc.), pero la cuestión central, el juicio oral, en donde se practica la verdadera prueba y se funda la condena o absolución, va a depender de momento de la historia y condiciones de cada país, así como del derecho penal propio, probablemente la disciplina jurídica más “local”, aunque exista ciertamente una tendencia también a la homogeneización a través de los principios, por ejemplo, derecho de defensa, presunción de inocencia y contradicción. El reconocimiento

transnacional de pruebas es una de las cuestiones más difíciles de homogeneizar, por las grandes diferencias en seriedad y rigor existentes entre los países en cuanto a la legislación y práctica de la misma, y es sin embargo clave para la absolución y condena en muchos procesos de hoy en día. Desde otra perspectiva, tampoco estoy seguro de que deba ser una meta política la total homogeneización del proceso penal en el mundo, porque un proceso penal universal siempre significaría en definitiva que el más poderoso se impone al más débil, menos preparado para asumir ciertas instituciones procesales complejas (como la tutela de la víctima). Seamos realistas y perfeccionemos nuestros procesos penales a estándares admisibles en el marco general del garantismo, esa sí es una buena meta hoy en día, porque es alcanzable.

C.D.P.: ¿Cómo ve el futuro del proceso penal en la Unión Europea y en los diversos sistemas que ha estudiado?

Profesor GÓMEZ COLOMER: Lo veo mejor, porque la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –que no debe confundirse con los tribunales de la Unión Europea–, durante los casi 70 años que lleva en funcionamiento interpretando las grandes bases científicas del proceso penal, sus principios estructurales y su aplicación a la realidad, favorece una interpretación uniforme por parte de los tribunales nacionales, sobre todo por las cortes supremas y las cortes constitucionales, obligadas a incorporar la doctrina del TEDH en sus sentencias. Pero Europa (Consejo de Europa) es muy compleja, con muy diferentes países, y ello significa que un proceso penal europeo está todavía muy lejos de conseguirse. Por lo que respecta, más concentradamente a la Unión Europea, tampoco hay intentos serios (desde el *Corpus Iuris* a finales del siglo pasado) de conseguir un derecho penal y un derecho procesal penal europeos unificados. No obstante, la creación del Fiscal Europeo debería iniciar más seriamente el camino hacia ese gran objetivo.

C.D.P.: ¿Qué opina usted del estado actual de los sistemas de juzgamiento penales en el continente Latinoamericano y, en particular, de Colombia?

Profesor GÓMEZ COLOMER: América Latina ha hecho un trabajo inmenso por superar el proceso penal inquisitivo y lo que hay detrás de él (el apoyo del derecho penal al poder dictatorial), pero en general se ha hecho demasiado deprisa y con una perspectiva muy práctica. En mi modesta opinión, no basta con decidir trasladar el sistema adversarial (acusatorio) de un país (Estados Unidos) al propio, hay que analizar rigurosamente también si ese modelo tiene perspectivas de éxito una vez implementado. ¿Cómo se puede aprobar un código procesal penal en el que se otorga la investigación del crimen a la autoridad fiscal (ministerio público), si en el país no existe esa figura? Esto ha sucedido en más de una nación. El fracaso es inevitable y, lo que es peor, se acaba reforzando a la policía, deudora antes de la reforma, generalmente, del poder. Colombia tampoco se escapa de algunos problemas graves que se han acentuado con el cambio al sistema acusatorio: La sacralización del principio del proceso debido, la doble acusación en la práctica mediante dos organismos públicos, la huida del sistema acusatorio cuando se crean nuevos procesos penales, etc.

C.D.P.: ¿Por qué pareciera que hallar la verdad ha pasado a un segundo plano en el proceso penal?

Profesor GÓMEZ COLOMER: Hallar la verdad ha sido, es, y seguirá siendo siempre un fin del proceso penal. No es el único. El problema es qué es la verdad. Desde una perspectiva judicial, la verdad es lo que sentencia un juez con efectos de cosa juzgada. Ante las enormes diferencias que existen entre los mismos jueces hoy en día, no sólo culturales, sino, sobre todo, de prudencia, templanza y sabiduría, esa verdad tiene que acotarse mediante otros fines al mismo nivel que la protejan o al menos que la encaucen, sobre todo que la investigación y el enjuiciamiento hayan respetado los derechos procesales del acusado y que el proceso penal sirva para declarar la inocencia de quien no es autor del delito. No es que haya pasado a un segundo plano, por tanto, sino que, ante la enorme diferencia y variabilidad judicial, el fin de hallar la verdad se está diluyendo y debemos encauzarlo cuanto antes. Por eso, aunque no sea deseable, en el fondo no importa judicialmente condenar a un inocente si se han respetado todos sus derechos constitucionales y, especialmente, ha podido defenderse, porque nadie puede decir que no comete errores, y, menos, los jueces.

C.D.P.: Qué opina Usted del estado actual de la administración de Justicia en Colombia. ¿Qué haría para mejorarla?

Profesor GÓMEZ COLOMER: No la conozco tanto como para poder opinar. Creo que Colombia tiene ante sí retos muy importantes en estos momentos y que la ciudadanía está esperando que su Justicia esté a la altura debida. En cambio, sí puedo opinar sobre si se dan las condiciones para que la Justicia sea independiente. Me permito decir que me gustaría que las plazas de magistrado en la Corte Suprema fueran vitalicias y que sus miembros no se eligieran por el poder político. La inamovilidad es la clave.

C.D.P.: ¿Qué cree Usted que se debe hacer en Colombia para implantar un mejor proceso penal?

Profesor GÓMEZ COLOMER: Creerse los propios colombianos que un mejor proceso penal es posible, dando mayor relevancia a las peculiaridades propias, sin renunciar a las esencias del Código de 2004, para que los colombianos lo sientan como más suyo. En mi libro *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal*, publicado en Colombia en 2015, hago unas reflexiones al respecto. Ahora me limitaré a recordar que no veo un verdadero desarrollo jurisprudencial en la jurisprudencia constitucional y suprema colombiana, pues hay muchas interpretaciones en lo que yo he podido estudiar que son contra el propio sistema adversarial (el principio del proceso debido y el propio concepto de sistema acusatorio serían dos buenos ejemplos). El principio de oportunidad es muy restrictivo en Colombia si comparamos con USA, el pánico al jurado me llama mucho la atención, y, finalmente, lo que para mí es mucho más escandaloso pues vulnera el principio de igualdad en forma flagrante, en Colombia se permiten dos acusaciones públicas (Procuraduría y Fiscalía), algo insólito y único en el mundo que basa la persecución y castigo del crimen en un sistema acusatorio.

C.D.P.: ¿Qué opina de la corrupción en la administración de justicia y en los diversos planos? ¿Cómo combatirla?

Profesor GÓMEZ COLOMER: La corrupción pública no distingue sectores. Si hay corrupción en la Justicia colombiana es que la hay también en la Administración y en el poder político, porque en definitiva es el ser humano el corrupto. En lo humano la corrupción se combate con la educación, ya desde la familia, pasando por la escuela (universidad) y acabando en el trabajo. No es fácil, pero una educación igualitaria en un país sin grandes desigualdades hace mucho a favor de su mitigación. Cuando en el país la diferencia entre la riqueza y la pobreza es enorme, la corrupción tiene un caldo de cultivo muy apropiado y no es posible acabar con ella. Desde el punto de vista procesal la corrupción se combate con una investigación eficaz, en donde fiscal y policía puedan legalmente investigar, con autoridad y conocimientos más que suficientes, documentos bancarios y financieros, realizar pericias contables, intervenir teléfonos y colocar informantes en el seno de las organizaciones criminales o fuera de ellas. Y aquí viene la dificultad mayor, porque no todos los textos legales proporcionan las bases para esa investigación eficaz y porque los resortes del poder corrupto hacen lo imposible por el fracaso de la investigación.

C.D.P.: ¿Qué opina del instituto de los fueros y las inmunidades frente al enjuiciamiento criminal?

Profesor GÓMEZ COLOMER: El aforamiento es una institución caduca, ha perdido su sentido histórico y debe ser puesto en la zona de reliquias procesales. Viola el principio de igualdad claramente, pues ante la Justicia hay dos clases de ciudadanos, los privilegiados (los aforados, es decir, el poder) y todos los demás; y deja a muchas víctimas sin derecho a la tutela judicial efectiva cuando se impide políticamente el enjuiciamiento del aforado. He dedicado mucho tiempo al estudio de esta materia y, créanme, sólo la defienden los favorecidos por él. En España hay más de 250.000 aforados (porque lo es también la policía), un auténtico escándalo. En Estados Unidos y en Alemania no hay ni uno solo. En Italia y Portugal, solo uno (el Presidente de la República), en Francia, los imprescindibles (el Primer Ministro y los miembros de su gobierno). Desde hace unos pocos años se quiere modificar y en la medida de lo posible hacer desaparecer. Cuando me preguntan sobre ello digo que son muy buenas intenciones, pero que soy muy escéptico, porque tiene que suprimirlo quien más favorecido está por el propio aforamiento (el diputado y el senador). No es necesario y, por tanto, sobra. Lo demás son puros privilegios políticos antidemocráticos. La igualdad no admite matices.

C.D.P.: ¿Qué opinión le merece el uso de nuevas tecnologías (por ejemplo, los drones) en el marco de las investigaciones judiciales?

Profesor GÓMEZ COLOMER: Me parece bien, en el siguiente doble sentido: Primero, el Estado tiene la obligación de luchar contra el crimen con las mismas armas que éste usa. Por tanto, es legítimo utilizar alta tecnología mediante aparatos concretos para acabar con la delincuencia. Segundo, la diferencia es que un Estado

de Derecho debe regular su uso, para que se utilice efectivamente para perseguir al crimen y no para vigilar a ciudadanos inocentes. La clave está en que la policía no es libre de usar esos medios sin autorización del juez, pero no sólo en eso debemos quedarnos, pues hay otros requisitos constitucionales que deben respetarse, por ejemplo, existencia de un proceso penal (una investigación formal) incoado, uso de la tecnología en forma idónea y proporcional a lo que se quiere investigar, debiendo limitarse temporalmente la autorización de uso. Por tanto, adelante con las nuevas tecnologías de la información y comunicación en su faceta de instrumentos de ayuda para la investigación del delito, porque implican en definitiva una mejora de la justicia penal.

C.D.P.: Y para hablar de esto último, ¿qué futuro le ve a la prueba de ADN en el proceso penal del porvenir?

Profesor GÓMEZ COLOMER: Para la averiguación de ciertos delitos, como los relacionados con la libertad sexual, es una prueba clave, por su altísima fiabilidad (es seguro al 100% el resultado negativo, y el positivo al 97%). Pero no podemos ignorar que hay que resolver muchos temas adyacentes de gran trascendencia, porque en la mayor parte de los países no es accesible a un ciudadano normal que se vea envuelto en un proceso penal (la víctima), debido a su alto costo. En el seno de la propia prueba hay que resolver también la capacitación (formación) de la policía científica que toma y recoge las muestras, la idoneidad de los laboratorios de genética autorizados para analizar la prueba y extraer los resultados probatorios adecuados, el control exacto de la cadena de custodia para evitar alteraciones probatorias, y las condiciones de las bases de datos en que se inscriben los identificadores utilizables interna e internacionalmente. Muchos países, como por ejemplo Estados Unidos, Alemania, Italia o el mío, están muy avanzados en esta materia, otros sin embargo dejan mucho que desear o, sencillamente, todavía es imposible su práctica.

C.D.P.: ¿Cómo cree usted que se puede solucionar el alejamiento existente entre el derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal?

Profesor GÓMEZ COLOMER: Es una excelente pregunta, muy difícil de contestar. He creído siempre que la separación de cátedras entre derecho penal y derecho procesal penal no es razonable, porque ambos se nutren y se necesitan indefectiblemente, pero también creo que el procesalista penalista que no sabe procesal civil, sabe menos procesal, porque ignora la formación científica del proceso. ¿Cómo resolvemos este problema? No es posible que el procesalista sea al mismo tiempo civilista y penalista en lo sustantivo. Yo lo he intentado resolver dedicando mi docencia prácticamente al proceso civil y mi investigación al proceso penal, lo que incluía estudiar mucho derecho penal material. Esto me ha mantenido vivo en ambos sectores. Pero no ignoro que esta doble vía formal es la principal causa de alejamiento entre el derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal, al menos en los países en los que el derecho procesal penal está separado del derecho penal, como es el caso de España.

Por otra parte, y ante la amplitud de las materias en la actualidad, observo que en aquellos países en los que el derecho penal y el derecho procesal penal están universitariamente unidos, la vida acaba especializando al investigador, y que no hay nadie que dedique el mismo tiempo y voluntad a lo sustantivo que a lo procesal. Si a eso añadimos que el derecho penal es el paladín de lo dogmático, al menos en el mundo europeo continental, con Alemania a la cabeza, y el derecho procesal el paladín de lo práctico (con la enorme impronta anglosajona en la actualidad), a veces las diferencias son irreconciliables (piénsese en la fortaleza del principio de legalidad penal y en el pragmatismo del principio de oportunidad procesal, por ejemplo). Finalmente, el legislador nos sorprende y a veces nos engaña. Cuando se trata de una reforma penal, la piensa, la estudia, la evalúa, la consulta, antes de aprobarla; cuando es procesal, si es complicada crea un proceso especial fuera de los cánones del ordinario con muchas normas supletorias –evidentemente–, y tema resuelto, y si no es complicada, hace lo que quiere, cuando quiere y como quiere. Por tanto, y en resumen, no sé si se trata de marchar unidos cerca, o más bien de mantener el alejamiento en posiciones razonables, porque con las actuales condiciones, algunas de ellas indicadas por mí, veo difícil ir más allá.

C.D.P.: ¿Cuál es su más grande satisfacción como académico? ¿Por qué?

Profesor GÓMEZ COLOMER: De vez en cuando un alumno o alumna que han estudiado derecho procesal conmigo, y que ya son profesionales (jueces, fiscales, abogados, defensores), me paran y saludan por la calle y me agradecen mis enseñanzas. Ésa es mi mayor satisfacción como profesor. No es frecuente, al menos en mi caso, pero me produce una gran alegría cuando sucede, porque significa que todo el tiempo que yo he dedicado a aprender, lo he sabido transmitir en alguna forma, y ha calado en la formación de quien me saluda. Le he ayudado en suma a progresar a él, y con él a su país, el mío generalmente.

C.D.P.: ¿Cómo valora usted hoy su paso, durante más de treinta y cinco años, por la universidad alemana?

Profesor GÓMEZ COLOMER: Es de lo mejor que me ha pasado académica y universitariamente en mi vida. Siempre estaré agradecido a quienes me dieron la oportunidad y a quienes me acogieron cuando era un perfecto desconocido. Saber alemán me acerca a una vastísima cultura jurídica, de suma importancia, que ha ampliado mis horizontes en forma que jamás pude sospechar. Los resultados de investigación han sido muy importantes para mi carrera, y creo que influyó decisivamente en que ganara mi primera cátedra en España con sólo 31 años. He procurado visitar periódicamente Alemania y me doy cuenta ahora que, en mi vida profesional, con diferentes becas y ayudas, he estado casi 11 años allí. Y todavía quiero volver en los 8 que me quedan para jubilarme. Soy un privilegiado. Ahora presido la Asociación Alexander von Humboldt de España y veo como se incorporan a la misma los humboldtianos españoles que acaban su etapa de investigación en Alemania. A todos ellos les aconsejo que vuelvan siempre que puedan. También les pido que devuelvan espiritual y materialmente a Alemania la confianza otorgada en cuanto tengan ocasión. Yo al menos así lo he sentido.

C.D.P.: ¿Cómo ve el futuro de la universidad española y europea, en general, y el de la colombiana en particular?

Profesor GÓMEZ COLOMER: La universidad es una institución que lleva en sus genes la supervivencia, no desaparecerá nunca, incluso cuando todo esté informatizado, porque los conocimientos no se pueden transmitir por máquinas, sino por seres humanos, los profesores. Pero hay muchos factores ciertamente que la están poniendo en peligro de desvío profundo de sus altos fines. Habría que distinguir las universidades públicas de las privadas. Hablaré de las primeras porque trabajo en una de ellas. La universidad es una escuela de libertad, y hoy eso se entiende como centro de resistencia y lucha contra el poder, es decir, está muy politizada (primer error, porque la libertad es propia del ser humano y no de un grupo político). La universidad se nutre hoy más que nunca de sus propias cosechas (segundo error, porque la lleva a un mundo cerrado insoportable en el que lo que más vale es el chauvinismo y la endogamia).

La universidad está siendo falsamente llevada a una democratización improductiva (tercer error, porque la función de gobernar los estudios es distinta a la de gobernar la investigación, como también lo es la de gobernar el servicio, lo que significa que cada miembro de la comunidad universitaria debe participar en lo que le es propio y no en todo, de manera que sea más productivo su trabajo). La universidad, finalmente, quiere ser controlada políticamente por el poder limitando todavía más su escasa financiación, dando dinero a sus fieles (cuarto error, porque el país que niega dinero a la investigación es siempre un país dependiente de aquéllos que sí lo dan, más cercano al subdesarrollo que al progreso, lo que repercute en la calidad de vida de toda la ciudadanía).

Es seguro que la universidad pública europea, la americana y, en concreto, la española y la colombiana tienen en mayor o menor medida estos problemas. El futuro inmediato debe consistir por tanto en superarlos. Por otra parte, el gran peligro de la universidad privada en un país que destina poco dinero a la investigación es que sus centros sean sólo docentes y se conviertan en academias o escuelitas de impartición de clases, y no olvidemos que un profesor que no investiga no está al día, no se recicla y, al final, no sabe lo que tiene que explicar a sus alumnos. Si a eso añadimos que la universidad privada depende del número de alumnos que logre, el futuro en ciertos países es hoy muy complicado. Desaparecerán muchas, lamentablemente.

C.D.P.: Usted que ha recorrido gran parte de los países europeos y americanos como estudioso y se ha tornado en el más importante exponente del derecho procesal penal comparado de nuestra lengua, ¿dónde ha tenido sus más lúcidos alumnos?

Profesor GÓMEZ COLOMER: Muchas gracias por sus inmerecidas palabras. Cuando fallezca sólo aspiro a que se diga de mí que fui honrado y trabajador. Lo demás es puro humo. He tenido buenos alumnos en todas mis tres cátedras en España (Santiago de Compostela, Valencia y Castellón), y en la mayor parte de

países en donde he impartido docencia. Los alumnos alemanes son muy buenos, críticos y analistas, los italianos saben relacionar jurídicamente las instituciones y razonan adecuadamente. En América hay que distinguir: Si se trata de aprendizaje en sus diferentes niveles (grado, maestrías), todos mis alumnos tienen interés y demuestran avidez por saber. Si se trata de profundización en instituciones jurídicas (conferencias en congresos a jueces, fiscales o abogados), he visto un nivel demasiado preocupado por lo práctico en general, lo que no crítico, pero demuestra dos culturas, la universitaria y la profesional, demasiado alejadas entre sí. Hay que aprender durante toda la vida y dar sentido a lo que se practica.

C.D.P.: Fuera de su reconocido amor por el derecho procesal penal, ¿tiene algún pasatiempo que lo acompañe en sus búsquedas personales e intelectuales?

Profesor GÓMEZ COLOMER: Claro, me encanta caminar, me gusta mucho jugar al golf (aunque a veces no puedo jugar en muchas semanas), seguir a mi equipo de fútbol, el Valencia CF (que por cierto me da demasiados disgustos), y leer literatura de evasión (o ver cine de esta clase), no intrascendente, sino que no me haga pensar mucho. A estudiar ya dedico más de 10 horas al día, así que el resto es para entretenerme. Una persona que quiera aprender a saborear la vida adecuadamente debe aprender al mismo tiempo a administrar bien sus momentos de ocio, aunque sean pocos.

C.D.P.: Usted que ha pronunciado centenares de conferencias y ha publicado cientos de ensayos y decenas de libros, ¿con qué investigación quisiera ponerle fin a su brillantísima carrera académica? ¿qué libro no escrito hasta ahora le gustaría confeccionar?

Profesor GÓMEZ COLOMER: Hace tiempo que me hago esa pregunta, pero me da un poco de miedo responderla, porque no sé lo que me queda de vida (espero que Dios me permita jubilarme –a los 70 años en España– y disfrutar luego de un período aceptablemente largo de la vida con mis nietos, hijos y esposa), y porque podría parecer un poco pretencioso responderla. Ahora estoy trabajando sobre “Investigación y Prueba de los Delitos de Corrupción”, que me llevará otros tres años. Quizás los cinco últimos años de mi vida académica los dedique a hacer un manual de derecho procesal conceptual, clásico, alejado de un ordenamiento jurídico concreto, es decir, a elaborar una especie de libro de análisis de los conceptos clásicos del proceso en visión histórico-real: Por ejemplo, el derecho de defensa surgió por esta razón, significó esto, se desarrolló así y hoy se entiende de esta manera, siendo sus efectos los siguientes, pero sin pensar en ningún país ni en ninguna ley concreta, sino sólo en un entendimiento general que pueda ayudar a los diferentes legisladores a detectar los problemas y prever buenas regulaciones.

C.D.P.: Nos han contado que, alguna vez en una conversación informal, usted afirmó que levantar y educar a un hijo era como lograr concluir una tesis doctoral. ¿Por qué, respetuosamente, cree que ello es así?

Profesor GÓMEZ COLOMER: La afirmación es correcta en lo que se refiere al cariño e intensidad que hay que poner en la dirección. Ciertamente, la obra es del

doctorando, pero que sea buena y útil depende en buena parte del director, de ahí la comparación con la educación infantil. La dedicación a una buena tesis doctoral implica muchos años, todo el día y parte de la noche, y siempre aprendiendo, reflexionando e innovando. No es fácil. No todo el mundo sabe investigar y muchos de los que investigan no saben escribir. Pero si se piensa que la tesis doctoral es la tarjeta de visita –de por vida– de su autor en la sociedad científica, se comprenderá esa afirmación. Y debe estar tan bien hecha que se aproveche toda ella. Umberto Eco dijo una vez por escrito acertadamente que la tesis doctoral es como el cerdo, se aprovecha todo, por eso hay que hacerla muy bien y mimarla con mano firme.

C.D.P.: ¿Le gustaría que su nieto, quien nació el día de su cumpleaños número 61, se dedicase al estudio del derecho procesal penal?

Profesor GÓMEZ COLOMER: Claro que me gustaría, porque ninguno de mis tres hijos ha estudiado Derecho. Pero es él quien tiene que decidirlo libremente. Yo no le influiré, como tampoco lo he hecho con mis hijos. Mucho más importante es que sea una buena persona. En eso sí que colaboraré con sus padres, mi mujer y sus tíos.

C.D.P.: Finalmente, Profesor GÓMEZ COLOMER díganos el título de cinco obras de Derecho Procesal Penal que en su opinión no debería dejar de leer ningún estudioso de estas disciplinas.

Profesor GÓMEZ COLOMER: También es difícil contestar a esta pregunta, porque me he pasado mi vida leyendo buenos libros jurídicos y todavía no he llegado ni a un tercio de todos los posibles. He tenido la suerte de poder leer en alemán, italiano, francés e inglés. A mí me han influido especialmente, si me limito a obras españolas, puesto que es imposible reducir a cinco si he de citar también las extranjeras que más me han impactado, las siguientes: FAIRÉN GUILLÉN, El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia: Contra la doctrina de la *litis contestatio*; GÓMEZ ORBANEJA, El ejercicio de los derechos; GUASP, La pretensión procesal; MONTERO AROCA, Proceso Penal y Libertad; y, PRIETO-CASTRO, Tratado de Derecho Procesal Civil.

Profesor, queremos agradecerle su amable atención y el gran aporte que nos ha hecho al permitirle a nuestros lectores conocer más acerca de su vida y obra.

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES

La Revista Cuadernos de Derecho Penal, órgano de divulgación científica adscrito al Departamento de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, tiene por objetivo facilitar la difusión del conocimiento científico desarrollado en los ámbitos nacional e internacional en las siguientes áreas de conocimiento: derecho penal, derecho procesal penal, criminología, política criminal, investigación criminal, derecho penal económico, historia de las ciencias criminales y derecho internacional penal.

Ella se integra con cuatro secciones: doctrina, jurisprudencia, reseñas y revisiones y entrevista, y tiene una periodicidad semestral; publica artículos originales evaluados bajo la modalidad de pares ciegos. La Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos y de las sugerencias a los autores en relación con cambios que alteren el contenido de la composición.

I. Los tipos de manuscrito

Solamente se reciben documentos bajo las siguientes categorías:

- a) Artículo resultado de avance parcial o final de un proyecto de investigación.
- b) Artículo de reflexión. Se trata de un documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica, sobre un tema específico.
- c) Artículo de estado del arte o de revisión. Definido por Colciencias como aquel escrito que sistematiza y analiza los resultados de investigaciones, publicadas o no, sobre un campo del conocimiento.
- d) Comentario Jurisprudencial. Únicamente, se reciben textos que versen sobre la jurisprudencia nacional y, de manera excepcional, de tribunales internacionales en sus distintas manifestaciones. Todo lo anterior, en las áreas del derecho penal, derecho procesal penal, criminología y áreas afines ya señaladas.
- e) Reseña bibliográfica.
- f) Traducciones.
- g) Recensiones bibliográficas.
- h) Entrevistas.

II. La recepción de manuscritos

Los artículos se reciben de forma digital en las convocatorias periódicas correspondientes, por medio de la herramienta habilitada en el repositorio institucional y/o a través del correo electrónico dirigido a cuadernos.der.penal@usa.edu.co.

III. El proceso de evaluación y selección de los artículos

Los trabajos recibidos se someten a estudio del Comité Editorial y del Comité Científico los cuales evalúan si son susceptibles de ser enviados a estudio de pares externos; el autor será informado del resultado de esa labor a más tardar dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de postulación del trabajo. Al someter sus artículos científicos al proceso de selección los aspirantes deben tener en cuenta lo siguiente:

- a) Todo material postulado debe ser original.
- b) El autor debe firmar una carta de originalidad del trabajo.
- c) Proceso de arbitraje, dictamen o evaluación de artículos. Con el fin de calificar los trabajos en cuanto a forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación, los textos se someten a evaluación del Comité Editorial y del Comité Científico y, posteriormente, a dos pares ciegos.

Este proceso se hace conforme a las siguientes indicaciones:

- i. Se guardará el anonimato de los autores de los textos frente a sus evaluadores.
- ii. En caso de observaciones, si el artículo es 'publicable con correcciones', se remite a los autores para que las hagan o evalúen las recomendaciones de ser este el caso.
- iii. El documento debe ser devuelto con los cambios para continuar con el proceso de edición y, en caso de presentarse controversia entre los conceptos de ambos pares evaluadores, se remite a un tercer evaluador; una vez este conceptúe, regresa a los Comités Editorial y Científico donde se toma la decisión final en torno a la aceptación o rechazo del mismo.
- iv. En todo caso, la aceptación definitiva acerca de la publicación del trabajo depende de las modificaciones que los asesores de los Comités propongan al autor, confrontados con los conceptos de los pares evaluadores externos. El Comité Editorial de la Revista se reserva el derecho de introducir modificaciones formales necesarias para adaptar el texto a las normas de publicación.
- v. De no ser aprobado el artículo en la evaluación preliminar de los Comités o en la evaluación por pares ciegos, se comunicará a los autores la decisión con una breve justificación.
- iv. Con el fin de clarificar y facilitar la calificación del artículo al par evaluador se le suministra el formato de dictamen utilizado por la revista Cuadernos de Derecho Penal.

IV. La estructura de los manuscritos y otros aspectos

Los trabajos deben presentarse en letra times 12 y ceñirse a las normas APA, 6ta Edición, 2009. El documento debe contener:

- a) Título del trabajo correspondiente a la idea principal del artículo.
- b) Nombre del autor (es) y la institución en la cual se llevó a cabo el trabajo.
- c) Sí el texto fuere producto de un proyecto de investigación se debe indicar el nombre del cual proviene el escrito y la entidad que lo financia.
- d) Resumen que no exceda las 120 palabras pero que abarque el contenido del artículo y su correspondiente traducción al inglés (abstract). Al final de los resúmenes, tanto en español como en inglés, deben ir las palabras claves (hasta diez) que den una idea de los temas fundamentales que se plasman en el trabajo.
- e) Los artículos deben contar con referencias suficientes. Los trabajos de revisión o estados del arte, según exigencias de Publindex –Colciencias– deben contener un mínimo de cincuenta referencias; ellas se deben incluir en un acápite intitulado como referencias bibliográficas, que debe ir ordenado alfabéticamente con base en las normas APA, en especial la 6ta Edición, 2009.
- f) No se devolverán a sus respectivos autores los originales ni se considerarán para su publicación los artículos que no cumplan con las normas precedentes.
- g) Una vez publicado el trabajo los derechos de impresión y reproducción por cualquier medio son del editor. Es potestativo del Editor permitir la reproducción del artículo.
- h) Los autores recibirán sin costo alguno una copia de la Revista en su formato electrónico y dos ejemplares de la versión en físico de la respectiva edición en que resulten publicados los trabajos.

Agradecemos su atención,

Fernando Velásquez Velásquez
Editor.

John E. Zuluaga Taborda
Juan David Jaramillo
Coordinadores Editoriales.

Bibiana Muñetones Rozo
Asistente Editorial.

Cuadernos de Derecho Penal

DOCTRINA

- La categoría de la punibilidad en el derecho penal español. *José Luis Díez Ripollés.*
- La incorporación de la teoría del bien jurídico en el nuevo orden constitucional. Un análisis sobre sus nexos con el procedimiento abreviado. *Enrique Arteaga Córdoba.*
- La prueba de referencia y su afectación a los derechos de contradicción y confrontación. *Nancy Jeanet del Pilar Martínez Méndez.*
- La responsabilidad patrimonial subsidiaria del Estado en el proceso penal y el tercero civil. *Napoleón Botache Díaz.*

DOCUMENTOS

- Derecho penal y postconflicto. *Mario Trapani.*
- Manifiesto a propósito de la instauración de la jurisdicción especial para la paz (JEP)

JURISPRUDENCIA

- Porte de estupefacientes, dosis personal y la intención de traficar como elemento esencial de la conducta. *Christian Wolffhügel Gutiérrez.*

RESEÑAS Y RECENSIONES

- Londoño Berrío, H. L. (2016). *Sistemas Punitivos y Derechos Humanos. El caso de la comuna 13 de Medellín-Colombia.* Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales. *John E. Zuluaga Taborda.*
- Volk, K. (2010). *Curso fundamental de Derecho procesal penal [Grundkurs StPO 7 ed.].* (Trad. E. Nanzar, A. Núñez, N. Pastor, D. Sarrabayrouse, 2016). Buenos Aires: Hammurabi. *Kevin Iván Giraldo Ramos.*

ENTREVISTA

- Profesor Dr. Dr. h. c. Juan Luis Gómez Colomer. *Fernando Velásquez Velásquez.*



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